

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
PROTECTION DES ENFANTS
DU PREMIER LIT

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mercredi 14 février 1894, à 2 heures 1/2

Par **Henri PION**

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. ESMEIN, professeur.

Suffragants : { MM. GARSONNET, } professeurs
 { LÉON MICHEL, }
 { LESEUR, } agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

—
1894

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA
PROTECTION DES ENFANTS
DU PREMIER LIT

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

LE DOCTORAT

SOUTENUE

1894, à 2 heures 1/2

à PION

POUR D'APPEL

*ne de l'école des
es, sc. philol. et hist. fasc. 67*

ACA

LUGD.

BIBL.

Président : M. ESMEIN, professeur.

Suffragants : { MM. GARSONNET, } *professeurs*
 LÉON MICHEL, }
 LESEUR, *agrégé.*

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

CHEVALIER-MARESCQ ET C^{ie}, ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

—
1894



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT ROMAIN

DE LA

PROTECTION DES ENFANTS

DU PREMIER LIT

Les lois *Julia* et *Pappia Poppea* encourageaient les seconds mariages, les imposaient même sous peine de déchéances. Il les fallait aussi nombreux et aussi féconds que possible, Rome manquait de citoyens. Porter atteinte aux droits des parents qui voulaient se remarier, fût-ce pour protéger les enfants nés d'une première union, eût été une inconséquence. Une telle innovation aurait été à l'encontre du but visé par le législateur des lois caducaires. Il ne faudrait pas croire que les inconvénients qui pouvaient résulter de l'absence de toute protection des enfants d'un

premier lit eussent échappé aux Romains. Ces inconvénients devaient être bien graves si l'on songe à la facilité et à la fréquence des divorces. Est-il besoin de rappeler les malédictions que les poètes adressent aux marâtres ? Les jurisconsultes nous parlent aussi de ces hommes veufs qui séduits par une nouvelle épouse, prévenus par elle contre leurs enfants du premier lit, les déshéritaient. *Maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti*, dit Gaius (1) Sénèque nous dit aussi qu'il en coûte gros à quiconque a une marâtre, fût-elle bonne. *Nulli non magno constitit et bona noverca* (2).

A cette législation qui regardait le célibat comme un délit succède une autre législation imbue des idées chrétiennes. Cette religion qui regardait le mariage comme devant résulter d'une vocation d'en haut (3) et proclamait l'état de continence et de chasteté supérieur à l'état de mariage, ne pouvait voir avec faveur une seconde ou subséquente union. Les Pères de l'Eglise, s'ils ne prohibent pas les seconds mariages, les déconseillent (4).

1. Loi 4, Dig. *De inoffic. test.*

2. Convol à Helv., cap. II.

3. Saint Mathieu, ch. 19, H.

4. Saint Paul.

Ceux qui se remarient, dit Origène, se ferment les portes du ciel. Dans les canons des conciles, on trouve l'obligation pour ceux qui se remarient de faire pénitence, *non quod peccant sed quod suam incontinentiam manifestent*.

Sous l'influence de ces idées les empereurs chrétiens édictèrent contre les époux qui se remariaient une série de dispositions auxquelles on donne généralement le nom de peines des secondes noces.

Cette dénomination consacrée par l'usage n'est point exacte. La défaveur pour les secondes unions est certaine au point de vue moral, théorique ; mais celui qui se remarie n'est point frappé en droit. Si celui qui se remarie n'a point d'enfants d'un premier mariage, il conserve sa capacité pleine et entière, aucune déchéance ne le frappe. Les véritables mesures restrictives des droits des conjoints qui se remarient ne sont édictées, ne s'appliquent, que s'il y a des enfants d'un mariage antérieur, c'est donc qu'elles avaient été établies dans l'intérêt de ces enfants. Justinien déclare à plusieurs reprises que ces lois n'ont qu'un but : protéger les enfants d'un premier lit. S'il n'y a pas d'enfants du premier mariage, dit-il, aucun danger n'est à craindre (1). » Et encore : si les parents n'ont

1. Nov. 22, c. 23.

point d'enfants de leur premier mariage, il ne sera attaché aucune peine à leurs secondes nocés, les hommes ne seront point soumis à l'observance d'aucune règle, et les femmes seront seulement tenues de ne pas se remarier avant une année (1).

Les empereurs chrétiens furent donc effrayés du danger que courent les enfants d'un premier lit, oubliés par une mère imprudente, ou sacrifiés à une marâtre jalouse. Ils se préoccupèrent d'assurer leurs droits, tant contre le nouveau conjoint, que contre les enfants qui pourraient naître du nouveau mariage.

La protection des droits des enfants du premier lit ne fut pas réalisée par une seule disposition législative. Une première constitution dite loi *Fæminæ quæ* (2) enjoignit aux femmes de laisser aux enfants qu'elles avaient eu de leur premier mari, les biens qu'elles tenaient de ce dernier. Cette disposition fut bientôt étendue aux hommes qui se remariaient (3). Enfin une constitution plus importante encore que les précédentes, la loi *Hac edictali* (4) défendit aux parents remariés de faire à leur nouveau conjoint des libéralités

1. Nov. 22, c. 22.

2-3-4. Lois 3, 5, 6. Code liv. 5, tit. 9. *De secundis nuptiis*.

dont le montant dépasserait la part recueillie par celui de leurs enfants qui aurait le moins.

Cette législation fut modifiée par Justinien, mais ces modifications portèrent sur des points de détail.

Nous diviserons cette étude en deux parties. Dans la première nous étudierons les peines qui frappent la mère remariée ; c'est-à-dire les restrictions apportées à ses droits de garde et d'éducation et la condition de la mère tutrice.

Dans une seconde partie nous examinerons les peines communes à la femme et à l'homme qui se remarient, ce qui comprendra : 1^{re} Les restrictions apportées aux droits de l'époux remarié quant aux biens qu'il a reçus de son conjoint prédécédé ou de ses enfants du premier lit. Nous aurons à examiner les dispositions des lois *Fœminæ et Generaliter*, ainsi que les Novelles qui les modifient.

2^o Les restrictions aux droits de l'époux remarié de disposer de ses propres biens, telles qu'elles résultent de la loi *Hac edictali* et des Novelles qui l'ont modifiée.

PREMIÈRE PARTIE

DÉCHÉANCES SPÉCIALES A LA MÈRE REMARIÉE.

Nous classerons les déchéances spéciales à la mère sous trois rubriques;

Perte du droit de garde et d'éducation ;

Condition de la mère tutrice ;

Perte du droit de révoquer les donations faites aux enfants du premier lit.

I. — Droit de garde et d'éducation.

Lorsque le père venait à mourir il appartenait au magistrat de désigner la personne qui aurait la garde et l'éducation de l'enfant, le plus souvent, surtout lorsque l'enfant était encore en bas-âge, c'était la mère qui était chargée de cette mission. Une femme est plus apte qu'un homme à élever de jeunes enfants et la mère étant de toutes les femmes celle qui doit le plus les chérir semble désignée par la nature même. Son amour mater-

nel est garant que les enfants seront entourés des soins les plus dévoués.

La mère avait la garde de l'enfant non en vertu d'un droit ferme, mais en vertu de la coutume, de l'usage.

Si elle se remarie le magistrat ne doit plus avoir en elle la même confiance, il ne doit plus la désigner comme gardienne.

Elle a prouvé par son convol que ses enfants ne sont plus tout pour elle : son nouveau mari, le législateur le craint, aura en fait la haute main sur l'éducation des enfants confiés à la femme, le législateur ne le veut pas. *Educatio pupillorum tuorum nulli magis quam matri eorum, si non vitricium eis induxerit commitenda est*, dit une constitution d'Alexandre Sévère (loi I, C. *ubi pupillus educari debeat*).

Justinien a confirmé cette constitution. Nous avons trouvé, dit-il, une constitution de ce prince que nous jugeons à propos de confirmer ici, elle dispose que comme la mère est digne plus que personne autre de prendre soin de l'éducation de ses enfants, cette éducation doit lui être confiée *nisi ad secundas nuptias accesserit* (1).

1. Nov. 22, c. 38.

II. — Condition de la mère tutrice.

Les femmes dans l'ancien droit romain étaient en tutelle perpétuelle, aussi ne pouvaient-elles songer à être tutrices. Ce principe de l'exclusion des femmes de la tutelle était absolu, la tutelle était un : *munus virile* que le citoyen pouvait seul remplir : *Fæminæ tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est* (1).

Une constitution rendue en 390 par les empereurs Valentinien, Arcadius et Théodose, fit brèche au principe que nous venons d'énoncer.

La femme veuve put être tutrice de ses enfants. Plusieurs conditions étaient requises pour que la tutelle lui fût déférée. Tout d'abord elle doit la demander, elle ne pourra l'obtenir qu'à défaut de tuteur légitime ou testamentaire (2), car si le père en mourant a fait choix d'un tuteur c'est qu'il ne croit pas que sa femme soit apte à remplir cet office. Il faut de plus qu'elle soit majeure de 25 ans, qu'elle renonce au bénéfice du sénatus-con-

1. Loi 18. Digeste, liv. 6, tit. 4. La loi 1, C. *quando mulier tut.*, liv. 5, tit. 35, dit également : *Tutelam administrare virile munus est*. La loi 16 pr. Dig. De tut. dit : *tutela plerumque virile officium est*. Le mot *plerumque* a été ajouté au texte de Gaius.

2. *Defuncti namque voluntatem præponi volumus*.

sulte Velleien (1) et prête serment de ne pas se remarier. *Juramentum antea* (dit la loi 3, *Code quando mulier tut.*) *præstet, quod ad nuptias non perveniat, sed pudicitiam suam intactam conservet, et renunciât senatusconsulti Vellejani præsidio.*

Si la veuve au mépris de son serment, contracte un nouveau mariage avant d'avoir fait nommer au pupille un nouveau tuteur, rendu ses comptes de tutelle et payé le reliquat de ce qu'elle peut devoir à ses enfants, elle est sévèrement frappée. Elle perd tout droit sur la succession de ses enfants du premier lit morts impubères et cette peine l'atteint alors même que le père des enfants, son mari prédécédé par conséquent, l'aurait appelé par substitution à la succession de son enfant (2).

De plus les pupilles auront sur les biens de la mère une hypothèque légale, son second mari est frappé de la même peine, et il aura à répondre de la gestion même antérieure au mariage : *mariti quoque ejus præterita tutela gesta ratiociniis bona jure pignoris tenebuntur obnoxia* (3).

Justinien, dans la nouvelle 22, c. 40, reproduit ces dispositions relatives au convol de la mère

1. Ses fonctions de tutrice peuvent l'amener à s'obliger avec le pupille ou à sa place.

2. Loi 6, Code, liv. 6, tit. 56.

3. Loi 6, Code *in quibus causis pignus.*

tutrice, mais il déclare que la punition infligée n'était pas assez sévère pour cette femme qui contractait une nouvelle union « oubliant ainsi Dieu, la mémoire de l'époux qu'elle a perdu et l'amour maternel (1) », il prononce contre elle la peine de l'infamie et la soumet aux mêmes déchéances qui frappent les femmes remariées dans le temps de deuil.

Elle ne peut donner à son second mari, soit en dot, soit par testament, plus du tiers de ses biens (2). L'empereur la déclare également incapable de recueillir une hérédité, un legs, un fidéicommiss, une donation à cause de mort. Sa part revient à ses cohéritiers ou aux héritiers *ab intestat* (3). Elle perd tout ce que son premier mari peut lui avoir laissé par disposition de dernière volonté, ces biens sont attribués aux personnes désignées par l'Edit du préteur, à défaut au fisc.

1. Nov. 22, c. 40.

2. C'était une aggravation de la loi *hac edictali*, qui nous le verrons permettait à l'époux remarié de donner au nouveau conjoint une part d'enfant moins prenant, ce qui pouvait comprendre la moitié des biens.

3. A défaut d'héritiers *ab intestat* sa part revient au fisc disaient les textes concernant la femme remariée dans le temps de deuil. Justinien déclare dans la nov. 22, c. 22, que désormais le fisc en l'absence d'héritiers n'aura plus droit à ces biens : *Non enim fiscus hæc vindicabit*. Nous en décidons ainsi, dit l'empereur, afin d'éviter le reproche que nous privons la femme de ces sortes de biens pour en avantager le trésor public.

Elle ne peut réclamer une hérédité *ab intestat* que si elle est parente du *de ejus* au troisième degré au plus. Enfin elle est déclarée infâme. Cette dernière déchéance nous retiendra quelques instants. La loi 1, Dig. liv. 3, tit. 2 (1), déclare infâmes plusieurs personnes, dont l'homme qui sciemment épouse une veuve avant l'expiration du temps de deuil et le *paterfamilias* qui autorise une telle union. Le texte ne mentionne pas la femme, dont la culpabilité semble pourtant plus grave encore. Or, le même texte se trouve dans les fragments du Vatican, mais il est plus complet : il mentionne expressément la femme parmi les personnes qui encourent l'infamie.

Faut-il dire que l'infamie peut frapper la femme et que par conséquent la loi 1, Dig. liv. 3, tit. 2, est incomplète, faut-il dire au contraire que l'infamie ne saurait l'atteindre à notre époque et que les nombreux textes (2) qui parlent de la femme infâme relatent un état de droit qui n'existait plus ? Ce dernier système raisonne ainsi : L'infamie se conçoit facilement à l'égard de l'homme, elle entraîne la privation des droits politiques. L'infâme perdait *suffragium et honores* (Savigny, *Traité de droit*

1. Ce texte reproduit l'édit du préteur.

2. Loi 11, § 3. Dig. liv. 2, tit. 3 ; loi 15, Code liv. 2, tit. 12 ; loi 1 et 2, C. liv. 5, tit. 9 ; loi 4, C. liv., 6, tit. 56, nouvelle 22.

Romain). L'infamie ne pouvait donc s'appliquer aux femmes. Sous Auguste l'infamie put atteindre les femmes, mais alors ne pouvant leur enlever des droits politiques qu'elles n'avaient pas, son seul effet était d'empêcher la femme infâme de contracter mariage avec un *ingenu*, c'est ce que décidait la loi Julia. (1) Cette loi étant abrogée par les empereurs, il semble que logiquement l'infamie ne pouvait plus s'appliquer aux femmes, c'est pourquoi le Digeste ne la mentionne pas. Quant aux textes qui prononcent contre elle l'infamie, il ne faudrait point s'en occuper, ce serait un exemple des inexactitudes fréquentes de la compilation de Justinien. C'est l'explication que donne de Savigny (2).

Dans un autre système on décide que la loi 1 Dig. liv. 3 tit. 2 est incomplète, qu'elle a par erreur omis de mentionner la femme.

La femme peut être relevée de l'infamie qu'elle a encourue. Justinien nous dit qu'elle peut s'en affranchir de la même manière que les femmes remariées dans l'an de deuil (3). L'empereur nous renvoie donc à l'étude de la Nov. 22, c. 22. Ce texte est ainsi conçu : « Lorsque la femme aura

1. — L'une des deux lois caducaires.

2. *Traité de droit romain*, t. 2. Appendice 7 sur l'infamie.

3. Nov. 22, c. 40

des enfants de l'un ou de l'autre sexe il lui sera également permis d'adresser des supplications à l'empereur pour être relevée de l'infamie encourue ».

Nous avons vu que l'infamie n'était pas la seule peine qui frappait la femme qui avait violé son serment. Nous devons rechercher si elle peut et à quelles conditions s'exonérer de ces autres incapacités.

Justinien dans le chapitre 40 (de la Novelle 22), ne nous dit rien à ce sujet. Mais comme il renvoie au chapitre 22, à propos de l'infamie encourue, et que d'autre part il a assimilé la femme violant son serment, à celle qui s'est remariée dans le temps de deuil, nous déciderons que comme cette dernière elle pourra s'exonérer des autres peines qui la frappent et aux mêmes conditions.

Si elle veut, dit le texte de la nov. 22, c. 22, « se mettre à l'abri des autres peines elle sera tenue de donner à ses enfants la moitié de ses biens sans réserve d'usufruit. »

Les enfants se diviseront cette moitié en parts égales, ils la transmettront à leur postérité (1). Si l'un d'eux meurt sans descendants la portion accroîtra à ses autres frères. Si tous les enfants du

1. Nov. 22, c. 22.

premier lit meurent *intestats*, la mère, en consolation, recouvrera les biens qu'elle leur avait ainsi abandonnés.

Le serment de ne pas se remarier que la veuve devait prêter était souvent violé (1). On pourrait à bon droit s'étonner qu'il en fût autrement. C'est au lendemain de la mort du mari que la femme prête serment, sa douleur est entière, sa sincérité est certaine, mais les années passent et l'oubli vient. Pour éviter à la veuve un parjure Justinien supprima la nécessité du serment. Nous voulons, dit-il, qu'elle renonce au *Senatus consulte Velleien* et à tout autre secours, *sed sufficere ab renunciationem solam Vellejani et aliorum omnium*.

Si donc la femme se remarie, elle perdra la tutelle de plein droit, *mox tamen contraxerit nuptias, repente expelli a tutela*. De plus elle est traitée comme la femme qui a juré de ne pas se remarier. Justinien ne supprime aucune déchéance, il évite à la femme un parjure ; comme il le dit : *hæc igitur lex super pietate sit posita* (2).

Dans la nov. 118, c. 5, Justinien décida que la mère serait admise à la tutelle de préférence à

1. *Et toties scimus prævaricatam legem, et jusjurandum parjurum datum quoties pene datum est*, dit Justinien dans la nov. 94, c. 2.

2. Nov. 94. *Epilogus*.

tous tuteurs légitimes, et par cela seul qu'il n'y aurait pas de tuteurs testamentaires. La mère s'abstenant, ses droits seront conférés à la grand-mère aux mêmes conditions.

Le père remarié conserve l'administration des biens de ses enfants du premier lit : *Negotia vero liberorum patri utiliter administrare concedimus*, dit la loi *Generaliter*.

La mère qui par son convol a perdu la tutelle la recouvre-t-elle si elle devient veuve ?

La question est controversée. Les auteurs qui considèrent la perte de la tutelle comme une véritable peine, frappant la mère remariée, sont conduits à décider, en l'absence d'un texte, qu'elle ne peut en aucun cas recouvrer la tutelle.

Si l'on décide au contraire que la perte de la tutelle n'est qu'une protection accordée aux enfants du premier lit, on décidera que le second mariage étant dissous, l'influence du second mari n'est plus à craindre et qu'il n'y a plus de raisons pour priver la mère de la tutelle ; *cessante causa cessat effectus*.

Toutefois, on apporte souvent à cette solution un tempérament tiré de l'intérêt des mineurs, et l'on décide que la mère ne recouvre pas la tutelle si les mineurs ont été pourvus d'un tuteur encore en exercice. Nous adoptons cette dernière solution.

III. — Perte du droit de révoquer pour cause d'ingratitude
les donations faites aux enfants du premier lit.

Les empereurs Constance et Constantin édictèrent une autre déchéance contre la mère qui ayant des enfants d'un premier lit contractait une nouvelle union. Ils décidèrent qu'elle perdrait le droit de demander la révocation pour cause d'ingratitude des donations qu'elle avait pu faire à ses enfants (1). On craint en effet que subissant l'influence de son nouveau mari elle ne soit trop portée à user du droit de révocation.

De plus, il semble bien que le législateur excuse les enfants du premier lit de ne plus avoir pour leur mère remariée la même affection, le même respect. Tel acte qui commis envers la mère non remariée serait grave, est excusable dans notre cas. Elle a fait injure à ses enfants du premier lit en se remariant, ils sont déliés vis-à-vis d'elle.

La solution admise par les empereurs était grave, il était inadmissible que la mère ne put,

1. Loi 7, Code civ. 8, tit. 56. *His solis matribus, quæ non in secundi matrimonii fœdus nupserint sed unius tantum matrimonii sunt, revocandarum donationem, quas in filios fecerint, ita decernimus facultatem, si eos ingratos circa se esse ostenderint.*

dans aucun cas, révoquer la donation qu'elle avait pu faire, alors même que l'enfant se serait rendu coupable des plus graves offenses.

Justinien modifia cette législation (1). En principe, la mère ne peut révoquer la donation qu'elle a faite à son enfant du premier lit sous prétexte d'ingratitude, *non enim ex pura videtur voluntate ingratitudinem introducere, sed secundas nuptias considerans, ad hanc venisse cogitationem putabitur*. Mais il en sera autrement, elle aura le droit de révocation dans trois cas : si l'enfant a ouvertement attenté aux jours de sa mère, s'il a levé sur elle des mains impies, ou bien s'il a tenté de lui faire perdre tout ce qu'elle possédait (2).

APPENDICE.

De droit commun celui qui était institué héritier, à charge de laisser un legs à une autre personne, devait donner caution aux légataires de l'exécution de son obligation. Le père institué à charge de laisser un legs à ses enfants n'était point en principe obligé de donner caution. Par

1. Nov. 22, c. 35.

2. Nov. 22, c. 35.

exception on revenait au droit commun au cas où le père convolait en secondes noces. Cette solution nous est donnée par la Novelle 22, c. 41 : *Placet quoque Zenonis piæ memoriæ constitutio, volens, patrem, si jubeatur proprio filio legatum sub conditione aut die dare, non aliter exigi pro donatione legatorum cautionem hanc, videlicet quæ legatorum servandorum causa vocatur : nisi ad secundas pater contraxerit nuptias.*

DEUXIÈME PARTIE

DÉCHÉANCES COMMUNES AUX PÈRE ET MÈRE REMARIÉS.

I. — Restrictions aux droits de l'époux remarié quant aux biens qu'il a reçus de son conjoint.¹

La femme, qui, ayant des enfants d'un premier lit, veut se remarier, fait souvent des libéralités excessives à son nouveau conjoint. Les empereurs ont voulu empêcher que la femme pût disposer au profit de son second conjoint des biens qui lui sont venus de son premier mari. Aussi en 382 ils promulguèrent (1) une constitution connue sous le nom de loi *Fæminæ quæ...* (loi 3 C. *de sec. nupt.*).

Elle décide que la femme remariée devra transmettre à ses enfants du premier lit les biens qu'elle tient de la libéralité du premier mari. *Fæminæ quæ susceptis ex priore matrimonio filiis, ad secundas... transierint nuptias... id totum ita ut perceperint, integrum ad filios*

1. Gratien, Valentinien, Théodose.

quos ex præcedente conjugio habuerint, transmettant... nec quicquam eadem fæminæ ex iisdem facultatibus alienandam in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonii conjunctione susceptam, præsumant : atque habeant potestatem possidendi tantum atque fruendi in diem vitæ, non etiam alienandi facultate concessa. Nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab eo translatum : ex maternis redintegrabitur facultatibus, quo illibata ad eos, quos statuimus liberos, bona et incorrupta perveniant...

La loi *Fæminæ* ne parlait que des femmes qui se remariaient, elle ne disait rien des hommes qui convolaient.

En 334 Constantin rendit une loi aux termes de laquelle le père qui se remariait perdait l'usufruit des biens que son fils avait recueilli dans la succession maternelle (1).

En 444 Théodose et Valentinien étendirent aux hommes la loi *Fæminæ*. La Constitution qui réalise cette réforme est la loi 5, Code *de sec. nupt.*, elle est connue sous le nom de loi *Generaliter*.

1. Loi 3, C. th. *De bonis maternis*, liv. 8, tit. 18.

Après la constitution *Generaliter* la condition du père aurait été, de par la constitution de Constantin, moins bonne que la condition de la mère aussi en 468, Léon abolit la constitution rendue en 334 (1).

Désormais ce que nous dirons des femmes en étudiant la loi *Fæminæ* s'appliquera donc aussi aux hommes remariés.

Voici en quels termes la loi *Generaliter* étendait aux hommes les dispositions de la loi *Fæminæ* : *Generaliter censemus, quocunque casu constitutiones ante hanc legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quæ de bonis mariti ad eam devoluta sunt, servare sanxerunt : iisdem casibus maritum quoque, quæ de bonis mulieris ad eum devoluta sunt, morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare.*

Justinien pourra donc dire fort justement (2) : *Contra binubos pœnæ communes viri sunt et mulieris* (3).

Remarquons de suite que les dispositions de nos lois s'appliquent aussi à l'aïeul et à l'aïeule,

1. Loi 4, Code liv. 6 tit. 60. *De bonis maternis.*

2. Du moins en ce qui concerne le sort des biens venus au survivant du conjoint prédécédé.

3. Nov. 2, c. 2.

La Nov. 22, c. 27, le décide expressément pour les dispositions de la loi *Hac edictali*, cette décision est applicable ici par argument *a simili*.

La règle posée par la loi *Fœminæ* s'applique à tous les biens que la femme a reçus de son premier mari à quelque titre que ce soit.

Elles doivent transmettre aux enfants du premier lit dit la loi : « Tout ce qui leur est parvenu des biens de leur premier mari lors des fiançailles ou de la célébration du mariage ou par donation à cause de mort, ou directement par testament, ou à titre de fidéicomis, de legs ou de toute autre libéralité. »

Que fallait-il décider pour les libéralités faites non par l'époux, mais par un tiers en contemplation de l'époux? La loi *Fœminæ* s'appliquait. Peu importe, dit la loi *Generaliter*, que quelque autre eût fait pour le mari la donation *ante nuptias* ou la dot pour la femme.

Les mêmes règles s'appliquaient alors même que la femme apportait en dot à son mari les biens compris dans la donation *ante nuptias* (1). L'époux survivant devant donc réserver dans tous les cas la dot ou la donation *ante nuptias* qu'il gagnait d'une manière quelconque. Nous devons

1. -Loi *Generaliter*.

remarquer cependant que sous Justinien la propriété de la dot ou de la donation *ante nuptias* revient aux enfants de l'époux qui les a définitivement acquises indépendamment de tout convol (Nov. 98), le convol cesse donc de produire cet effet. Mais sous ce même empereur la Nov. 127, c. 8, décidant que le survivant aurait une part virile à la dot ou donation *propter nuptias*, les règles de la loi *Fæminæ* s'appliqueront à cette part virile (1).

Les constitutions *Fæminæ* et *Generaliter* plaçaient donc pendant toute la vie l'époux remarié vis-à-vis des enfants du premier lit dans la situation d'un usufruitier. Il avait la possession de ses biens, et le droit d'en jouir. Il les administrait librement, mais ne pouvait les aliéner. Dès le jour du convol les enfants du premier mariage devenaient nu-propriétaires des biens reçus à titre gratuit de l'époux prédécédé par l'époux survivant, s'ils ne se trouvaient pas dans la succession ils pouvaient les revendiquer entre les mains d'un possesseur quelconque, s'ils avaient été consommés ils pouvaient

1. La nécessité de conserver aux enfants les gains nuptiaux n'exista d'abord que pour le cas où le mariage serait dissous par la mort. Justinien voulut qu'il en fût de même au cas de dissolution par le divorce. Nov. 22, c. 30.

en demander la valeur aux héritiers de leur parent remarié (1).

La femme qui était obligée de conserver intacts tous les biens provenant à un titre quelconque de son mari défunt n'était pas obligée de transmettre indistinctement et également à tous les enfants du premier lit. Elle avait un droit d'élection qui lui permettait d'attribuer aux enfants des parts inégales et même d'attribuer tous les biens à un seul enfant. La loi *Fœminæ* était formelle en ce sens : elle peut cependant transmettre tous ces biens à l'un seulement de ses enfants.. à celui que la mère, en considération de ses mérites, jugera digne d'une telle libéralité. »

Cette décision est singulière, la femme ne peut plus disposer de ces biens, les aliéner, et cependant il lui est loisible de les répartir inégalement entre ses enfants comme si c'étaient ses biens propres (2).

Justinien réforma sur ce point la loi *Fœminæ*. Il décida (Nov. 2, c. 1) que le droit d'élection

1. Comparer loi 1, c. *De bon. matr.*, traitant des droits du père sur les biens provenus aux enfants de leur mère prédécédée.

2. Cette décision a paru tellement singulière à certains auteurs qu'ils ont dit qu'elle était plutôt pénale qu'inspirée par l'intérêt des enfants. Pour réfuter cette opinion il suffit de remarquer que les dispositions de la loi *Fœminæ* ne s'appliquent que s'il existe au décès du conjoint remarié des enfants du premier lit.

serait enlevé à la mère ; les biens venus du prédécédé seront désormais partagés également entre tous les enfants du premier lit : *nullam esse licentiam matri, alios quidem filiorum eligere, alios autem exhonorare*. La mère, dit l'empereur, a fait en se remariant une égale injure à tous ses enfants. Ceux-ci ont droit à une réparation, il ne faut pas qu'ils puissent en être privés.

Dans la nov. 2, c. 4, la loi ne statuait que pour la mère, le père gardait donc le droit d'élection ; la nouvelle 22, c. 25, le lui enleva ; elle ne distingue point en effet entre le père et la mère. *Non enim permittimus, parentibus, non recte introductam electionem in eos, neque alii quidem filiorum dare alium vero exhonorare : omnes enim secundis similiter exhonerati sunt nuptiis* (1).

Si un des enfants du premier lit vient à mourir laissant des descendants ceux-ci prennent sa place. Il transmet son droit avec sa succession, il en est ainsi que l'enfant soit décédé après le convol de son auteur soit même que son décès soit antérieur au convol. C'est ce que décide une constitution de l'empereur Zénon (2). Cette décision, qui se com-

1. L'authentique *Lucrum hoc*, dit également *Lucrum hoc æqualiter inter liberos lege distribuitur, non arbitrio parentis permittitur*.

2. Rendue en 478, loi 7, code *De sec. nupt.*

prend aisément lorsque le décès de l'enfant est postérieur au convol, s'explique moins facilement dans le cas contraire. Il semble que cette constitution porte atteinte à la règle : *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, puisqu'elle fait parvenir aux petits enfants des biens sur lesquels le *deujus* n'a eu aucun droit. Il n'en est rien, les enfants du prédécédé le représentent, ils viendront exercer les droits qu'il aurait eus sans sa mort prématurée, ils viendront en concours avec leurs oncles et tantes.

Cette loi n'enlève pas à l'enfant prédécédé le droit de choisir parmi les descendants celui qui profitera de ses droits : *eligendi videlicet quos voluerit ex liberis superstitibus non adempta licentia*.

Certains auteurs pensent qu'il eût été logique de supprimer le droit d'élection de l'enfant du premier lit comme on l'avait supprimé pour son auteur remarié. Nous pensons que cette critique n'est pas fondée, la situation est très différente, quand il s'agit d'un conjoint remarié il est à craindre qu'il subisse l'influence de son nouvel époux quant à la désignation de l'enfant, dans l'espèce qui nous occupe, ce danger n'est pas à redouter (1).

1. Cette loi, dit Dupin, n'a pas été abrogée par les nouvelles, attendu

Si l'enfant ne laisse pas de descendants mais seulement des frères ou des sœurs que va devenir la part qui doit lui revenir ?

Il faut distinguer ; si l'enfant est mort avant le convol de son auteur, sa part passe à ses frères et sœurs par droit d'accroissement, s'il est mort après le convol, ayant par conséquent acquis une part dans les biens provenant de son auteur prédécédé, ses frères et sœurs recueillaient sa part en vertu de la loi.

Si l'enfant meurt ne laissant ni frères, ni sœurs, ni descendants, l'époux remarié recouvre le droit d'aliéner, il est réputé avoir toujours été plein propriétaire des biens donnés (loi 8, *princ. C. de sec. nupt.*).

Cette solution était déjà donnée par la loi *Fœminæ*, in fine : *quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, vel natus native decesserint : omne, quod quoquo modo perceperit, pleno proprietatis jure obtineat, atque in his nanciscendi domini et testandi circa quem voluerit, liberam habeat facultatem.*

Les enfants du premier lit recueillent seuls les biens venus de leur auteur prédécédé. Profiteront-

que ce n'est point le fils qui pêche par les secondes noces, mais le conjoint survivant, comme dit M. Cujas ». *Sec. noces.*, p. 166.

ils en outre concurremment avec les enfants nés du second mariage des biens que leur auteur remarié a reçus de son deuxième conjoint? nous supposons qu'il n'y a pas eu de troisième union. Il semble que logiquement ils devraient être admis à en profiter. En effet, de ce que la loi leur réserve certains biens, il ne s'ensuit pas qu'ils n'aient pas sur les autres biens de leur auteur remarié les mêmes droits que les enfants nés du second mariage.

Cette solution fut tout d'abord suivie, mais en 422 les empereurs Honorius et Théodose décidèrent que les enfants du second lit profiteraient seuls de la donation *ante nuptias* ou de la dot constituée par le second conjoint, et que les enfants du premier lit n'y auraient pas droit (loi 4, C. *de sec. nupt.*). Justinien confirma cette constitution (1).

Les biens que l'époux remarié aurait reçu à tout autre titre qu'à titre de dot ou donation *ante nuptias* seront partagés entre les enfants des deux lits (2). De plus la mère pouvait par testament attribuer aux seuls enfants du premier lit les gains nuptiaux provenant de son second mari. La loi 4, Code *de sec. nupt.*, semblait consacrer la solu-

1. Nov. 22, c. 29.

2. *Ex aqua et simili divisione.*

tion contraire : *nos enim hac lege id præcipue custodiendum esse decernimus, ut ex quocunque conjugio suscepti filii, patrum suorum sponsalitias retineant facultates*. Cujas cependant n'admettait pas cette dernière solution, aucune loi n'enlève à la mère la propriété des biens qu'elle a reçus de son second mari, ce dernier savait que sa femme en pourrait disposer, il était libre de ne donner qu'en usufruit, il ne l'a pas fait, les enfants nés du second mariage ne sauraient donc se plaindre.

Si l'époux qui ayant des enfants d'un premier lit contractait un second puis un troisième mariage, les biens acquis du second conjoint étaient réservés aux enfants nés du second mariage (1).

En résumé lorsqu'une personne a contracté plusieurs mariages successifs, tous les gains nuptiaux qu'elle en a retirés doivent être respectivement réservés aux enfants du conjoint dont elle les a reçus. *Unaqueque soboles proprii parentis accipiat sponsalitiâ largitatem* (nov. 22, c. 29).

Du cas où les libéralités faites au conjoint

1. Car dit l'empereur, que font les troisièmes noces aux enfants du premier lit, ils n'en reçoivent aucune injure.

remarié consistent en usufruit. — Nous avons toujours supposé jusqu'ici que le conjoint prédécédé avait disposé en faveur de l'autre conjoint de la propriété de certains biens ; le conjoint remarié n'en gardait que l'usufruit. La même solution doit-elle être admise si le survivant a reçu un usufruit ? La loi 1, C. *si sec nupserit mul.*, liv. 5, tit. 10, prévoit l'hypothèse où un mari a laissé un usufruit à sa femme : si elle convole, cette constitution des empereurs Valentinien et Théodose lui fait perdre le bénéfice de cette libéralité. Elle devra la rendre à ses enfants, et leur en devra les fruits à dater du jour de la célébration du second mariage. Le législateur ne veut pas que la femme porte dans une autre famille l'usufruit qui lui a été laissé pour lui permettre de garder son rang. Si les enfants de cette femme sont en bas âge et que, dans le but de continuer sans droit à percevoir les fruits, la mère remariée ne leur ait pas fait nommer de tuteur, elle sera exposée à la revendication et devra restituer les fruits qu'elle a indûment perçus.

La solution ci-dessus ne s'applique que lorsque l'usufruit a été laissé par acte de dernière volonté. Si donc la femme avait été gratifiée d'un usufruit dans une donation *ante nuptias* elle le garderait.

Justinien modifia la loi si *secundo nupserit*

mulier. Il décida (1) que l'usufruit laissé au survivant aurait effet même au cas de convol, sauf si l'époux défunt l'avait constitué sous la condition qu'il s'éteindrait en cas de second mariage : *nisi expressim ille qui donationem fecit aut hunc relinquit... dixerit velle, ad secundas veniente nuptias eo, qui usufructum accepit, solvi eum et ad suam reverti proprietatem*.

La loi *Fœminæ* pouvait être invoquée par les enfants du premier lit et aussi par les petits enfants. Était-il nécessaire qu'ils fussent héritiers, soit du conjoint survivant, soit du prédécédé ?

Les enfants, pour profiter des dispositions de la loi *Fœminæ*, n'ont jamais eu besoin d'être héritiers de leur auteur prémourant. Il suffisait qu'ils fussent héritiers de leur auteur remarié. La loi *Generaliter*, § 1, le décide formellement : « Nous ordonnons que si les enfants n'acceptent point l'hérédité de leur père ou mère décédés, il leur soit permis de revendiquer les gains que le dernier mourant d'entre ces derniers a reçu de son époux, pourvu cependant qu'ils acceptent la succession.

La nouvelle 22, c. 23, a supprimé même cette dernière condition, désormais les *lucra* doivent

1. Nov. 22, c. 3.

revenir aux enfants du premier lit quoiqu'ils ne soient héritiers ni de leur père, ni de leur mère (1).

Les enfants du premier lit transmettent à leurs héritiers le droit de critiquer les aliénations que l'époux survivant remarié a faite des *lucra*. Toutefois ce droit peut être restreint à l'égard des héritiers des enfants par un pacte que les textes appellent *pactum orbitatis* où *pactum non existentium liberorum*.

Ce pacte était fait en vue du cas où les enfants du premier lit, venant à décéder tous avant leur auteur remarié, laissaient des héritiers qui auraient été appelés à exercer leurs droits. Par ce pacte les époux conviennent que le survivant prendra tout ou partie des gains nuptiaux si tous les enfants nés du mariage prédécèdent. Les aliénations consenties ne seront pas nulles *ab initio*, elles auront leur entier effet, si le *pactum orbitatis* peut être invoqué, c'est-à-dire si tous les enfants sont morts qu'ils laissent ou non des héritiers. Par l'effet du pacte, ces derniers sont privés du droit de critiquer cette aliénation.

Justinien modifia les effets du pacte *non existen-*

1. *Et dabi ntur hæc filis, licet non fiant heredes aut patris aut matris, aut utriusque*. Nov. 22, c. 23.

tium liberorum par la nov. 22 c. 26. Avant cette nouvelle on prévoyait seulement deux cas extrêmes : ou bien tous les enfants du premier lit survivaient à l'époux remarié, où ils mouraient tous avant lui. Dans le premier cas, l'aliénation était valable pour le tout, dans le second cas elle était entièrement nulle. Mais il peut arriver que l'un seulement des enfants du premier lit prédécède ; s'il laisse des descendants, ceux-ci le représenteront ; s'il n'en laisse pas, la part qui devait lui revenir des biens de son auteur prédécédé reste au conjoint remarié à l'exclusion des autres enfants du premier lit. L'aliénation que le conjoint aura faite de ces biens sera validée pour cette partie.

Mesures prises pour assurer l'observation de la loi Fœminæ. — Pour assurer l'observation de la loi *Fœminæ* et garantir aux enfants du premier lit la restitution des biens dont l'époux remarié conservait l'usufruit, les empereurs prirent diverses mesures qu'il nous faut examiner.

La loi *Fœminæ* n'annulait pas les aliénations faites par la mère au profit des tiers, elle donnait seulement aux enfants le droit de se payer des biens que la mère aurait dû garder, sur des biens propres de cette dernière. *Nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum : ex maternis redintegrabitur facultas*

tibus, quo illibata ad eos quos statuimus liberos bona, et incorrupta perveniant.

La loi *Generaliter* permet aux enfants de revendiquer entre les mains des tiers acquéreurs les choses qui existaient encore et d'exiger des héritiers de celui qui devait leur conserver les *lucra*, la valeur des choses consommées.

Defuncto eo, qui eas res liberis servabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt : consumptas vero ab heredibus ejus exigent qui eas servare debuerat.

Ainsi donc les enfants du premier lit avaient à leurs dispositions trois actions : 1^o Une action en revendication qu'ils intenteront contre les tiers acquéreurs. Ceux-ci, nous dit la nov. 22, c. 24, *in fine*, ne pourront s'opposer à la revendication s'ils n'ont en leur faveur une prescription trentenaire. Cette prescription, aux termes de la nov. 22, ne commencera à courir contre les enfants que du moment où ils auront atteint leur pleine capacité et auront été émancipés, à moins que parmi les enfants ne se trouve quelque impubère, circonstance qui retarde la prescription pour les autres.

2^o Une action *in redintegratione ex maternis vel paternis facultatibus* qui leur permet de prendre sur les biens propres de leur auteur re-

marié l'équivalent des biens indûment aliénés (loi *Fæminæ*).

3^e Une *condictio* qui leur permet, si les biens ont été consommés, d'en réclamer la valeur à leur auteur remarié (loi *Generaliter*).

Les actions données aux enfants ne les protégeaient pas contre l'insolvabilité possible de leur auteur. Une constitution de Léon et Anthemius spéciale à la mère remariée augmenta leurs garanties (1). Cette loi distingue selon que les biens reçus du mari prédécédé sont des meubles ou des immeubles. S'agit-il d'immeubles ou de certains autres biens comme les esclaves, la femme peut en jouir librement. S'agit-il de meubles, la femme peut en jouir, en disposer à son gré, mais seulement après l'accomplissement de certaines formalités. Les meubles doivent être estimés par des arbitres tenus de prêter serment. Ces arbitres sont choisis par les parties. Après estimation les meubles sont remis à la mère si elle consent à fournir caution de restituer ces meubles ou leur prix arbitré aux enfants du premier lit. Les enfants n'ont plus en ce cas rien à craindre d'une aliénation. Si la mère ne peut ou ne veut donner caution que va-t-il arriver? Si les choses mobilières n'ont pas

1. Loi 6, § 1. *De sec. nupt.*

encore été livrées à la mère elles ne le seront pas mais resteront entre les mains des enfants, si elles ont été livrées, la mère devra les leur restituer, mais alors la charge de fournir caution incombera aux enfants. Ils fourniront caution pour garantie :

1° Du paiement qu'ils devront faire à leur mère d'une rente calculée à raison de trois pour cent l'an sur le capital mobilier qu'ils gardent.

2° De la restitution des meubles à leur mère au cas où cette dernière survivrait aux enfants et à leurs héritiers.

Les enfants qui auront fourni caution pourront disposer librement de ces biens mobiliers.

Si aucune des parties ne peut ou ne veut donner caution la mère sera préférée, elle aura jusqu'à son décès la possession des meubles.

Remarquons que le père ne doit pas donner caution, plus apte que la mère à administrer, son insolvabilité sera plus rare.

Les dispositions de la loi 6, p. 4, furent modifiées par Justinien dans l'intérêt des enfants du premier lit. Ces modifications sont contenues dans la nov. 2, c. 4 et dans la nov. 22, c. 46. L'empereur prévoit le cas où la mère remariée a l'usufruit d'une donation *ante nuptias* qui consiste en une somme d'argent. Aux termes de la loi 6, la femme avait le droit d'opter entre deux partis.

Donner caution et demander que la somme d'argent lui fût livrée, ou refuser de donner caution, les enfants lui serviraient les intérêts à trois pour cent l'an du capital de la donation. Mais il pouvait arriver que au cas où la femme prenait le premier parti, il n'y eût pas dans la succession un capital réalisé au moins égal à la donation *ante nuptias*, les enfants étaient donc obligés de vendre une portion du patrimoine paternel pour se procurer de l'argent. Pour éviter aux enfants cette fâcheuse nécessité de vendre des biens qui n'avaient pas seulement pour eux une valeur pécuniaire mais aussi une valeur d'affection, Justinien décida que la mère ne pourrait, alors même qu'elle offrirait de donner caution, exiger la somme d'argent constituant la donation *ante nuptias*. Elle devra se contenter des intérêts de la somme qui lui est due. Elle est donc traitée comme la femme qui refuse de donner caution. Les enfants ne pourront jouir du bénéfice que leur donne l'empereur que s'ils consentent à fournir une caution à leur mère (1).

Si la donation *ante nuptias* comprend non pas de l'argent mais des objets mobiliers, et qu'il ne se trouve pas dans la succession des choses de cette espèce, les enfants ne seront point obligés

1. Nov. 22, c. 45, et nov. 2, c. 4.

d'aliéner pour, avec le prix de vente, se procurer ces objets. La mère ici encore devra se contenter des intérêts du prix d'estimation.

Léon et Anthemius (1) accordèrent aux enfants du premier lit une hypothèque sur les biens qu'elle tient de son premier mari et sur tous ses biens propres présents et à venir. Cette hypothèque datait du jour où les biens du premier époux sont parvenus à la femme. Justinien (2) décide que les biens du père remarié seront de même frappés d'hypothèque pour garantie de la restitution de ce qui lui est advenu de la première femme.

Ainsi protégés dit Justinien, les enfants n'auront plus de prétexte pour s'immiscer dans l'administration de leur père ou de leur mère. Il leur suffit de savoir leurs droits à l'abri de toute atteinte. Toute immixtion serait de leur part une vexation (loi 8, p. 4 et 5, C. *de sect. nupt.*).

II. — Restrictions du droit de l'époux remarié à la succession des enfants d'un premier lit morts sans postérité.

La loi *Fæminæ* suppose que la mère remariée a succédé à l'un de ses enfants, soit *ab intestat*, en vertu du sénatusconsulte Tertullien, soit par

1. Loi 6, § 2, C. *De sec. nupt.*

2. Loi 8, § 5, C. *De sec. nupt.*

testament. Elle décide que de même qu'elle doit conserver les biens qui lui sont venus de son premier mari, elle devra garder ceux qu'elle aura recueillis dans la succession d'un enfant du premier lit. Elle n'a que l'usufruit de ces biens et ne peut en disposer. Elle devra les restituer à sa mort aux frères et sœurs nés du même lit. La loi *Fœminæ* visait le cas où le décès de l'enfant du premier lit était postérieur au convol. S'il est antérieur il faut distinguer : on recherche l'origine des biens de l'enfant pour en régler la dévolution, les biens qui sont venus à l'enfant de son auteur prédécédé seront traités comme si c'était le conjoint prémourant lui-même qui les avait laissés au survivant, la femme n'en aura que l'usufruit. Les biens qui proviennent d'une autre source que le premier conjoint reviennent à la mère en pleine propriété (1).

Pourquoi le législateur traite-t-il différemment la mère suivant que son convol est antérieur ou postérieur à la mort de l'enfant ?

Cujas, dans son commentaire sur la loi *Fœminæ*, explique cette différence en disant que la mère qui se remarie après le décès de son enfant ne lui fait pas injure. Une autre explication a été proposée :

1. Loi 5, Code, *ad sc. Tertull.*, liv. 6, tit. 56.

si le législateur s'est montré plus favorable à la mère quand son convol est postérieur au décès de l'enfant c'est parce que la mère a un droit acquis, elle est propriétaire des biens recueillis. On lui a, il est vrai, enlevé la propriété des biens provenant du père mais c'est là une extension de la loi *Fæminæ*, il eût été étrange que ces biens provenus, indirectement il est vrai, du père, fussent traités autrement que les biens qui adviennent à la femme directement de son premier mari.

Justinien modifia ces dispositions à deux reprises. Tout d'abord la Nov. 2, c. 3, effaça toute distinction entre le cas où la femme aurait convolé avant le décès de son enfant et le cas où elle ne se serait remariée que postérieurement à ce décès. Elle viendra à la succession avec les frères et sœurs du défunt sans aucune restriction à ses droits même pour les biens qui proviennent du père (1).

La Nov. 22, c. 40, vint de nouveau changer les règles de la matière si l'enfant meurt *intestat*, la distinction établie par la loi 5, Code *de sec nup.* entre les biens venus à l'enfant du patrimoine du père et les autres biens revient en vigueur. Sur les biens profectices la mère ne prend sa part qu'en usufruit si l'enfant a testé en faveur de sa mère,

1. Justinien assimile la femme restée veuve et la femme remariée.

celle-ci aura la pleine propriété de ce qu'il aura laissé, car dit Justinien : *ubique custodire morientium volumus voluntates*.

Nous venons de voir que si une femme a hérité *ab intestat* d'un de ses enfants du premier lit, la propriété des choses héréditaires passe au cas de convol aux autres enfants du premier lit en tant que ces objets émanaient du mari prédécédé, la femme ne conservait que l'usufruit de sa part. Cette décision doit-elle être étendue au veuf ?

Nous devons décider qu'elle est spéciale à la veuve. On ne peut dire que le législateur a statué sur le *plerumque fit*. En effet, quand la nouvelle 22 a été rendue, le père ne concourait pas avec les frères et sœurs du *de cujus*, ils passaient avant lui, d'où la question d'étendre au père la décision relative à la mère ne pouvait se poser (Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, §§ 227, n° 2, t. 1, p. 427).

Le conjoint prédécédé peut-il dans son testament dispenser le survivant des peines qui frappent le convol ? — Dans un premier système on dit que les peines qui frappent le convol ne sont point édictées dans l'intérêt du conjoint prédécédé, qu'elles ont en vue l'intérêt des enfants du premier lit et la morale publique ; l'époux prédécédé ne peut, dit-on, être fait juge de la question

de savoir si ces intérêts seront ou non compromis, par le convol de son conjoint survivant avec une personne qu'il ne connaît pas, il ne peut donc en dispenser son conjoint (1).

Dans un second système on admet l'affirmative, on se fonde sur la nov. 22, c. 2. Le titre de ce chapitre deuxième porte en effet que les époux pourront par testament se remettre la peine que la présente loi attache aux secondes noces. Mais la remise devait être expresse, une remise tacite ne suffisait pas ; telle était du moins l'opinion d'Accurse dans sa glose : *ut vir dicat, volo quod uxor non amittat proprietatem eorum quæ lucrata est a me.*

Nous croyons que le conjoint prédécédé pourrait dispenser le conjoint survivant des règles édictées par la loi *Fœminæ* (2).

III. — Des restrictions apportées dans l'intérêt des enfants du premier lit au droit du conjoint remarié de disposer librement de ses propres biens en faveur de son nouveau conjoint.

Nous avons vu comment les empereurs avaient protégé les enfants nés d'une première union con-

1. Puchta *Lehrbuch der Institutionen*, § 428. Meyer. *Zeitschrift für civilrecht*, V, 7.

2. La disposition des lois, disait Pothier, est fondée sur ce motif

tre les aliénations que leur auteur remarié aurait pu faire des *lucra nuptialia*. Un autre danger était encore à craindre pour les enfants du premier lit, il fallait empêcher que le conjoint remarié ne fit sur ses propres biens des libéralités excessives à son nouveau conjoint.

La veuve qui s'était remariée dans l'an de deuil ne pouvait laisser à son nouveau conjoint plus du tiers de ses biens. Statuant plus généralement, c'est-à-dire pour la femme qui n'était pas notée d'infamie et pour l'homme veuf, les empereurs Léon et Anthemius en 469 restreignirent les droits de l'époux remarié (1). Nous ordonnons, disent ces empereurs par cette loi générale, que si existant des enfants d'un premier mariage, le père ou la mère convolent à de deuxièmes ou troisièmes noces, il ne leur soit pas permis de laisser à la marâtre ou au parâtre, plus qu'à l'enfant unique né du premier mariage.

S'il existe plusieurs enfants, ayant tous une part égale, qu'il ne soit pas permis de transférer au parâtre ou à la marâtre une portion plus considérable que celle qui est parvenue à chacun des enfants. Mais si ces enfants n'ont pas obtenu ces biens

que si le premier époux eut pensé que son conjoint convolerait et ne lui laisserait que l'usufruit, pour empêcher que son patrimoine ne passât dans des mains étrangères.

1. Loi 6, pr. C. *De sec. nup.*

par portions égales qu'ils ne puissent laisser au parâtre ou à la marâtre une portion de ces biens plus considérable que celle reçue par le fils ou la fille qui a eu la plus petite portion. »

Cette constitution dite loi *Hac edictali* s'applique aux hommes comme aux femmes ; aux parents du premier degré comme à l'aïeul et à l'aïeule : *quam observationem in personis etiam avi vel avix custodiri censemus*.

La loi *Hac edictali* distingue deux cas : Si l'époux remarié laisse un seul enfant, ou plusieurs enfants ayant des parts égales, le nouveau conjoint pourra avoir une part d'enfant. Si les enfants ont des parts inégales l'époux ne pourra recevoir plus que l'enfant qui a reçu le moins (1).

Qu'arriverait-il, si un enfant étant exhérédé, ne prenait rien dans la succession, faudrait-il décider que le nouveau conjoint ne pourrait rien recevoir non plus ? L'affirmative s'imposait, la loi ne distinguant pas. Cette solution rigoureuse fut d'abord admise, semble-t-il, mais on vit bientôt les dangers d'un tel système. Le parent remarié qui avait de graves motifs de mécontentement contre un enfant du premier lit n'osait l'exhérer

1. Justinien dans la nov. 22, c. 27, confirme cette constitution.

de peur de ne pouvoir rien donner à son conjoint. L'enfant qui se croyait sûr de l'impunité se permettait toutes sortes d'excès envers leur auteur remarié (1). *Liberi scientes, quod omni modo aliquid sibi a genitoribus suis etiam nolentibus relinquendum est et tantum, quantum secundus maritus, vel noverca acceperit, omni licentia et lascivia suos genitores injuriis adficiabant.*

Justinien vint au secours de l'époux remarié, il décida que les enfants ne pourraient plus attaquer les libéralités excessives faites au nouveau conjoint quand leur auteur remarié les aurait exhérédés pour cause d'ingratitude.

Un autre danger était à craindre : à savoir l'exhérédation sans motifs graves, des enfants du premier lit. Le législateur prévint le mal en exigeant du conjoint remarié des motifs sérieux justifiant l'exhérédation. Il ne faut pas, dit la loi 10 C. *de sec. nupt.*, qu'une postérité innocente soit traitée injustement. C'est pourquoi nous ne tolérerons pas que les parents qui se sont remariés déclarent les enfants ingrats sans de justes raisons.

Ce que nous voulons c'est priver de ce bénéfice

1. Loi 10, C. *De sec. nupt.*

(la loi *hac edictale*) les enfants vraiment ingrats et qui seront convaincus d'être tels par les héritiers de leur auteur remarié (1) il faudra des preuves évidentes (*liquidis et indubitatis probationibus*). Il faudra démontrer que les enfants se trouvent dans les cas d'ingratitude *qui antea pris-cis legibus enumerati sunt*.

De quelles lois Justinien veut-il parler ? c'est le droit des nouvelles qui énumère limitativement les cas d'exhérédation légitime des enfants. Antérieurement les causes légitimes d'exhérédation n'étaient limitativement énumérées par aucun texte, le juge appréciait (loi 11 et 19. C. *de inoff. test*).

La part d'enfant moins prenant dont le conjoint remarié pouvant disposer au profit de son nouvel époux est celle que l'enfant devait recueillir en droit et non celle dont en fait il voulait bien se contenter. Si donc le conjoint remarié a réduit son enfant au-dessous de sa légitime et qu'il s'en contente, la donation faite au nouveau conjoint pourra être égale à la légitime de l'enfant (2).

1. Dans la *querela inoffic. test.* c'était l'enfant qui devait prouver que l'exhérédation ne s'expliquait par aucune cause sérieuse, loi 28, C. *De inoff. testamento*.

2. Accurse et Cujas étaient d'avis contraire. Ils interprétaient strictement les termes dont s'était servi la loi : *ex minor portio dati fuerit*. Il nous semble que Justinien consacre implicitement la solu-

Quels enfants doivent être comptés pour le calcul de la part d'enfant, on comptera seulement les enfants du premier lit existant au décès du *de cuius* et non exhéredès. Si un des enfants est mort laissant des descendants ceux-ci seront comptés pour l'enfant dont ils sont issus. On ne devait point compter les enfants du deuxième mariage, le texte *qui minor portio ultima voluntate derelicta* se rapporte au dire de nos anciens auteurs aux enfants dont la loi parle tout d'abord : *si ex priore matrimonio procreatis liberis*.

On ajoute que la disposition de la loi *quoniam* était précise : *Iis ampliora quæ uni filio vel filia ex anteriore matrimonio progenitis danda vel relinquenda sunt revocata*. Telle était l'opinion de Cujas.

De quels avantages faut-il tenir compte quand on recherche si le nouveau conjoint n'a pas reçu plus que ne permet la loi ? On devra faire entrer en ligne tout ce que le nouveau conjoint a reçu de son autre conjoint, à quelque époque et par quel acte que ce soit. Les termes

tion contraire puisque après avoir dit : l'époux remarié ne pourra donner à son deuxième époux qu'une part d'enfant moins prenant il ajoute : et l'on sait qu'autrefois c'était le quart qu'on était obligé de laisser aux enfants (Nov. 22, c. 27). Il semble bien que dans l'esprit du rédacteur de la Nouvelle, la plus petite portion dont parle la loi *hac edictali* est la légitime.

employés par la loi *Hac edictali* sont des plus formels : *non sit ei licitum novercæ vel vitricio, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatis jure, sive legati, sive fidei commissi titulo, plus relinquere, nec dotis aut ante nuptias nomine, seu mortis causa habita donatione conferre.*

Ainsi, la femme remariée, qui ne possède pour tout bien que la dot qu'elle s'est constituée lors de son premier mariage et qui lui est revenue à la mort de son premier mari, ne peut, dans le cas de second mariage, se la constituer toute entière au profit de son nouvel époux, mais seulement en disposer dans les limites de la loi *Hac edictali*. Il en était de même du mari pour la donation *ante nuptias*. La décision de la loi 18, C. *De don. ante nupt.*, qui permet à la femme et au mari de disposer librement de la dot ou de la donation *ante nuptias* ne doit donc pas s'appliquer ici. Elle n'est vraie que s'ils ont d'autres biens sur lesquels ils puissent donner à chacun de leurs enfants du premier lit autant qu'ils donneraient à leur nouveau conjoint.

A quel moment faut-il se placer pour rechercher si le disponible de la loi *Hac edictali* a été dépassé, est-ce au moment de la mort du disposant ou au moment de la donation ?

Il faut se placer à la mort du *de cuius*, en effet, si tous les enfants du premier lit sont morts sans postérité la libéralité faite au second conjoint sera valable pour le tout. Ce n'est qu'au décès qu'on peut connaître le nombre des enfants, partant la part d'enfant que l'époux remarié a pu donner à son conjoint.

La nov. 22 et c. 28 (1) le décide formellement : *Nobis visum est mortis binubi parentis observari tempus. Scribunt itaque homines et horum quæ habent amplius, scribunt autem et minus, evenientes autem fortunæ contrarios eventus sæpius operantur.*

Sanction des prohibitions de la loi. — Si l'époux remarié a donné à son conjoint plus que ne permettait la loi, la disposition est censée non écrite pour ce qui excède la quotité disponible. *Sin vero plus quam statutum est, aliquid novercæ, vel vitricio relictum, vel donatum aut datum fuerit, id quod plus relictum vel donatum, aut datum fuerit tanquam non scriptum neque derelictum vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum... jubemus.*

L'action en réduction sera donc intentée à la

1. Jusqu'à présent, dit Justinien, les lois ont laissé indécise la question de savoir à quelle époque il faut se reporter.

mort du *de cuius* par les enfants du premier lit. Nous devons rechercher ce que devient l'excédent retranché.

L'époux avantagé doit-il être admis au partage de cet excédent. Un premier système décide qu'il doit être admis. En effet dit-on si l'époux n'avait point le droit de prendre sa part de l'excédent il recevrait moins que les enfants, or, la loi veut qu'il puisse recevoir autant qu'eux. On invoque ensuite les termes de la nouvelle 22, *hoc autem quod plus est, dividunt ad invicem grati filii parentibus*.

La majorité des auteurs est d'un avis contraire. Il ne résulte nullement du texte de la Nov. 22, que l'époux doive être admis au partage de l'excédent. L'expression *parens* ne désigne jamais le beau-père ou la belle-mère, il faut rattacher le mot *parentibus* à *grati* et non à *divident*.

Il est vrai, ajoute-t-on, que l'époux ne reçoit pas autant comme les enfants, mais la loi ne l'exige pas, si le conjoint remarié voulait qu'il reçoive autant, il devait disposer en sa faveur d'une part d'enfant. Enfin on peut ajouter que les expressions dont s'est servi la loi montrent que l'époux ne pouvait participer au retranchement, elle dit, en effet, que l'excédent va *ad personas liberorum*.

L'excédent retranché doit-il être partagé entre les seuls enfants du premier lit ou entre tous les enfants nés tant du premier que du second mariage ?

La législation a varié. Dans son premier état, les enfants du premier lit avaient seuls droit au partage de l'excédent. La loi *Hac edictali* disait bien que l'excédent devait être déféré *ad personas liberorum*, expressions très générales, qui d'après certains auteurs devaient comprendre les enfants des deux lits; cette solution n'avait pas été admise.

En 529, Justinien modifiant le droit antérieur, accorda aux enfants, nés du second mariage, le droit de partager l'excédent avec les enfants du premier lit. *Hoc quoque corrigentes omnia, quæ memorato modo revocantur, non solum ad filios priores matrimonii, sed etiam ad eos qui ex secundis nuptiis nati fuerint, pertinere et in capita inter omnes dividenda sancimus* (1).

Cette disposition était logique. En effet aux termes de la loi *hac edictali* la disposition en faveur du nouvel époux était réputée non écrite en tant qu'elle était excessive. L'excédent tombait

1. Loi Quoniam, loi 9, code, *de secundis nuptiis*.

done dans la succession du *de cujus* et devait être partagé entre tous les enfants de quelque lit qu'ils fussent.

Justinien abandonna bientôt cette solution. Dans la nov. 22, c. 29, il rétablit l'ancienne législation : Il existe une constitution, dit l'empereur, qui veut que les enfants nés du deuxième mariage participent à l'excédent mais il ne nous plaît pas de la sanctionner, les seuls enfants nés du premier mariage en profiteront.

L'empereur ne donne donc pas d'autre motif du changement de législation que son bon plaisir.

La nov. 22, c. 31, apporta dans l'intérêt des enfants du premier lit des restrictions au droit de diminuer la dot ou la donation *propter nuptias* pendant la durée du mariage. Le législateur suppose qu'une donation *propter nuptias* a été faite par l'époux remarié à son nouveau conjoint ; la loi *hac edictali* reçoit son application, le montant de cette donation ne peut excéder une part d'enfant moins prenant. L'empereur défend de la diminuer pendant le mariage. En voici les motifs : Si la libéralité a été excessive, elle demeure telle le plus souvent jusqu'au décès du conjoint remarié et la réduction qui aura lieu à cette époque profitera exclusivement aux enfants ; il ne faut pas qu'en

réduisant lui-même la donation à la quotité disponible l'époux donateur remet dans le patrimoine commun l'excédent et en prive ainsi ses enfants.

Donations déguisées ou faites par personnes interposées. — La loi *hac edictali*, apportant une entrave aux dispositions que l'époux remarié voulait faire à son conjoint, devait prévoir et réprimer le cas où l'époux remarié tenterait de faire fraude à la loi en faisant la libéralité à une personne interposée ou en la déguisant.

Une telle libéralité ne pourra être maintenue que dans la limite de la quotité disponible, si les enfants parviennent à prouver, soit le déguisement, soit l'interposition de personne.

Existait-il des présomptions d'interposition de personnes ? La seule affection ne suffisait pas chez les Romains pour faire présumer un fidéicommiss tacite. Dès que en vertu des lois la chose donnée appartenait à la personne même à qui la donation était faite elle n'était pas annulée, ce qui prouve que le donataire n'était pas réputé personne interposée par cela seul qu'il était proche parent de l'incapable.

La loi 25, *de his quæ ut indig*, Dig. liv. 34, tit. 9, fait une application de cette idée. Si un gendre, dit Papinien, institue pour son héritier son

beau-père, le soupçon qu'il l'a fait dans le dessein d'avantager sa femme, quoique confirmé par la raison de l'affection naturelle que le père a pour sa fille, ne portera point atteinte à la validité de l'institution. »

Nous déciderons donc que celui-là seul est réputé personne interposée qui en vertu du droit acquiert pour l'incapable. Ainsi l'enfant que le nouveau conjoint a eu d'un précédent mariage doit être considéré comme personne interposée. En effet, avant Justinien cet enfant acquerrait pour son père les biens adventices (1).

Que faut-il décider à l'égard de l'enfant né du second mariage ?

Il ne doit point être regardé comme personne interposée. En effet, les biens qui lui étaient donnés par sa mère lui restaient en propriété, le père n'en avait que l'usufruit (2). De plus on comprend que dans ce cas la mère ait été conduite à faire cette donation par son affection maternelle. Les

1. La loi 3, § 4, Dig. *De donat. inter. et vir ux.*, nous dit également : Si une mère fait une donation à son fils qui est sur le point de partir pour l'armée la donation est valable parce que le fils acquiert pour lui-même et que le profit qui résulte de cette donation fait partie de son pécule castrense.

2. Loi 1, C. *De bon. mat. rnis*. S'il en eût été autrement l'enfant du premier lit n'aurait point été présumé personne interposée. Le motif que Cujas donne pour expliquer la disposition de la loi. *Privigno ut det noverca, maritalis affectio facit, non certe novercalis* n'aurait point suffi pour faire tomber la disposition.

déchéances prononcées par les lois *Fæminæ* et *Hac edictali* n'avaient pas lieu si les enfants avaient expressément renoncé aux avantages que la loi leur accordait dès que leur auteur se remariait. Cette solution est imposée par la loi 29 au Code : *de pactis* : « *Cum alia sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, his quæ pro se introducta sunt, renuntiare.* »

Nous devons avant de terminer examiner l'hypothèse suivante. Deux époux divorcés ayant des enfants se sont remariés. Faut-il appliquer à cette seconde union les règles des secondes noces.

Si l'on devait se laisser guider par une stricte logique il faudrait répondre affirmativement, c'est-à-dire assimiler cette union malgré les particularités qu'elle présente à tout autre second mariage car la loi n'a point distingué. Cette solution violerait manifestement l'esprit de la loi. Le législateur n'a édicté les règles contenues dans les lois *Fæminæ* et *Hac edictali* qu'en vue de protéger les enfants du premier lit contre un beau-père ou une belle-mère, c'est-à-dire une personne qui leur est étrangère. Dans l'hypothèse qui nous occupe ce danger ne peut se présenter.

Tel est l'ensemble des mesures prises par les empereurs dans l'intérêt des enfants du premier lit. Les constitutions *Fæminæ* et *Generaliter*

d'abord, ensuite et surtout la loi *Hac edictali*, ont mis leurs droits à l'abri de toute atteinte.

L'œuvre de Justinien est loin d'égaliser celle de ses devanciers. Le plus souvent il n'apporte dans ses réformes aucune idée de suite et adopte tour à tour des opinions contraires. Prise dans son ensemble la législation des empereurs chrétiens constitue un progrès incontestable. Elle a subi l'épreuve du temps. Notre ancien droit français, quand il a senti la nécessité de protéger les enfants du premier lit, n'a pas cru faire mieux en allant chercher autre part que dans le droit des empereurs. Le Code civil lui-même a reproduit les règles posées par la loi *Hac edictali*.

DROIT FRANÇAIS

DE LA

PROTECTION DES ENFANTS

DU PREMIER LIT

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Le droit romain pénétra en Gaule avec la conquête romaine, il se maintint dans le Midi. Ce droit n'était point celui de l'époque de Justinien, mais le droit antérieur, celui du code Théodosien. Au XII^e siècle l'étude du droit de Justinien fut entreprise avec ardeur, ce droit plus parfait trouva dans les pays qui jusqu'alors suivaient le droit romain un terrain bien préparé et fut désormais observé.

En notre matière le droit romain était en général fidèlement suivi, cependant la jurisprudence

se séparait en certains points des solutions données par le code et les nouvelles. Ce sont ces divergences que nous allons indiquer brièvement.

En ce qui concerne le droit de garde et d'éducation, un arrêt du parlement de Toulouse du 8 janvier 1621 (1) décida conformément au droit romain que l'éducation des enfants du premier lit devait être enlevée à la mère remariée. Cambolas pense au contraire qu'il faut s'en remettre à la prudence du juge qui pourrait conserver la tutelle à la mère (Cambolas, liv. 4, ch. 24).

La décision rigoureuse du Parlement de Toulouse était suivie en Provence (2) mais n'était pas appliquée par les parlements de Grenoble et de Bordeaux (3).

Tutelle. — Dans les pays de droit écrit la mère pouvait être chargée de la tutelle par le juge. Il en était ainsi en Provence. Dans le ressort du parlement de Toulouse cette tutelle était de droit, la mère n'était même point obligée de renoncer au sénatusconsulte Velleien.

Si la mère se remariait elle perdait la tutelle. Cette solution était admise même dans le ressort

1. Cambolas, liv. 4, ch. 24, cité par Dupin, *Traité des peines des secondes noces*.

2. Arrêt d'Aix, 13 mars 1658.

3. Dupin. *Sec. nocés*, tit. 3, ch. 8, n. 43 à 46.

du parlement de Bordeaux où cependant les déchéances prononcées par le droit romain au cas de convol n'étaient point admises.

La mère pouvait-elle être maintenue dans la tutelle. Favre décide qu'on ne le peut. Ferrière est d'un avis opposé.

La mère devait comme en droit romain rendre ses comptes et provoquer la nomination d'un tuteur avant de passer à de secondes noces. Si elle n'a point rempli ces formalités elle encourt les mêmes peines que la femme remariée dans l'an de deuil d'après le droit romain.

Cette disposition n'était point observée selon Automme au Parlement de Bordeaux. Au contraire, le parlement de Toulouse suivait le droit romain et même on y appliquait à la mère les peines de l'an de deuil, si elle n'avait pas fait pourvoir ses enfants d'un tuteur qu'elle fût ou non tutrice.

Dans les pays où la tutelle de la mère était de droit, on décidait que la mère, quoiqu'elle n'eût pas observé les prescriptions ci-dessus, était excusable si elle était mineure (1).

Nous avons dit que la mère tutrice qui convo-
lait encourait les peines qui frappent la femme

1. Serres, page 300.— D'Olive, liv. 3, ch. 5 et ch. 31

remariée dans l'an de deuil. Il faut remarquer que l'infamie prononcée par le droit romain n'existe plus.

Les autres déchéances étaient admises à Toulouse, Aix, Grenoble, Dijon, mais non à Bordeaux. Une de ces incapacités consistait dans la défense faite à la femme de recevoir aucune donation à cause de mort. On entendait cette disposition en ce sens que la femme ne pouvait recevoir aucune donation faite par des étrangers, mais cette prohibition n'atteignait pas les libéralités testamentaires que l'enfant du premier lit lui aurait faites. On se fondait sur la nov. 22, c. 22 : *neque percipiet penitus ab ullo extraneorum non hereditatem...* etc.

Si la mère tutrice s'était remariée sans faire nommer un tuteur, son nouveau mari était responsable de la gestion même antérieure au mariage. Les parlements admirent d'abord qu'il y avait une véritable solidarité entre les deux époux, puis ils accordèrent au mari le droit de discussion, il n'était plus regardé que comme simple caution (1).

Les lois *Fæminæ* et *Generaliter* d'une part, la loi *Hac edictali* d'autre part, étaient observées

1. Ferrières, *Des tutelles*.

dans le midi. Comme en droit romain l'époux remarié était un simple usufruitier aux biens provenus du prémourant ; mais on discutait la question de savoir si le conjoint remarié avait le droit d'élection. En 1620, un arrêt du Parlement de Bordeaux décide que le père remarié a le droit d'élection, ce qui est contraire à la nov. 22, c. 25. Les autres arrêts suivent le droit des nouvelles (Bordeaux, 1558, Toulouse, 1678).

On se séparait du droit romain en ce qui concernait les droits de la mère remariée sur la succession de ses enfants. Dans la succession *ab intestat* la mère était privée de tout ce qui provenait du père, on ne distinguait pas selon que le convol de la mère était antérieur ou non au décès de l'enfant (1).

Avant de terminer, nous devons faire deux remarques à propos de la loi *Hac edictali* :

Le conjoint remarié ne pouvait, comme en droit romain, donner à son nouveau conjoint plus qu'une part d'enfant moins prenant. Les termes employés par cette loi : *cui minor portio* devaient-ils être appliqués à la lettre ? Cujas et Duranty décidaient que l'époux ne pouvait recevoir plus que l'enfant du premier lit, alors même que cet enfant

1. Dupin. *Traité des peines des secondes noces*, III, 4, 23 à 25.

recevrait moins que sa légitime. En sens contraire Ferrière disait que ce *cui minus* « se juge jusqu'à la légitime ». Cette solution l'emporta. Sur la question de savoir qu'il avait droit au retranchement de l'excédent on suivait la novelle 22, les seuls enfants du premier lit y avaient droit.

Enfin on admettait que l'époux prémourant pouvait faire remise à l'autre des déchéances encourues par le convol. Le Parlement de Toulouse exigeait une remise expresse, les autres parlements se contentaient d'une remise tacite (1).

Pays de coutumes. — La situation faite au parent remarié variait suivant les coutumes. A la fin du xv^e siècle, il existait cependant deux règles dont l'application était générale. La première est ainsi formulée par Loysel : Bail ou garde se perd quand le conjoint se remarie.

Dans certaines coutumes cette privation n'atteignait que la mère ou l'aïeule qui convolaient. Il en était ainsi dans les coutumes de Melun, de Troyes, de Sedan, de Montargis.

1. L'édit des secondes noccs, que du reste le parlement de Bordeaux n'enregistra pas, changea donc peu de chose à la législation des pays de droit écrit, les lois romaines étant en général plus protectrices des enfants du premier lit ; à cause de quoi, dit Dupin, elles doivent être observées. L'édit de 1560 disait en effet : Toutefois n'entendons pas par ce présent édit, bailler aux dites femmes plus de pouvoir et de liberté de donner et de disposer de leurs biens qu'il ne leur est possible par les coutumes des pays, auxquelles par les présentes n'est dérogé en tant qu'elles restreignent la liberté des dites femmes.

La seconde règle était : Femme se remariant ne doit perdre son douaire, mais est tenue de bailler bonne et suffisante caution (de Laurière). La Coutume de Bretagne était plus sévère si la femme épousant son domestique, elle perdait son douaire.

Plusieurs coutumes ôtaient la tutelle aux mères ou aïeules qui convolaient en secondes noccs (1). C'était même une question controversée que celle de savoir si redevenue veuve la mère recouvrait la tutelle. On jugeait en général que non, car, disait-on, il fallait se méfier d'elle, il était à présumer qu'elle était toute disposée à convoler à nouveau.

On étendait les règles applicables à la mère remariée à la femme qui vivait dans l'inconduite.

Si la mère s'était remariée sans avoir rendu son compte de tutelle, une hypothèque frappait ses biens ainsi que ceux du nouveau mari et cela du jour de la célébration du mariage, que devenaient les dons que le prédécédé avait faits à son conjoint ?

La seule libéralité permise entre époux était le don mutuel qui exigeait pour la validité qu'il n'y eût pas d'enfants nés du mariage, il n'y avait donc aucune protection à prendre dans l'intérêt des

1. Dupin, *Traité des secondes noccs*.

enfants du premier lit, puisque par le seul fait de leur existence le don mutuel était impossible.

Mais certaines coutumes, en particulier celle du Maine, autorisaient le don mutuel quoiqu'il y eût des enfants ; dans ces coutumes le second mariage révoquait cette libéralité alors même qu'elle n'aurait consisté qu'en usufruit.

Mais pour les libéralités faites avant le mariage, pour les avantages résultant de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial, aucune restriction n'était apportée au droit commun dans l'intérêt des enfants du premier lit (1).

On vit des femmes qui désiraient convoler en secondes noces faire des donations excessives à leurs nouveaux maris et sacrifier ainsi les droits des enfants nés d'un mariage antérieur. Un mariage qui fit scandale déterminale législateur à faire une loi protectrice des enfants du premier lit. Une dame d'Alègre, mère de huit enfants, se fit épouser par Georges de Clermont beaucoup moins âgé qu'elle. Elle avait fait don à son époux de tous ses biens ne laissant à ses enfants que leur légitime. Au mois de juillet 1560, le chancelier Michel de l'Hospital fit signer au roi François II un édit qui, s'inspirant des lois romaines, apportait un obsta-

1. Quelques coutumes font exception, celles de Laon, Valais, Reims, art. 239 et 293.

cle aux libéralités excessives en faveur du nouvel époux.

Cet édit est connu sous le nom d'Edit des secondes noces.

Le préambule de l'Edit en déduit les motifs.

« Comme les femmes veuves ayant enfants, sont souvent invitées et sollicitées à de nouvelles noces, et ne connaissant point être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, et sous prétexte et faveur du mariage, leur font donations immenses, mettant en oubli le devoir de nature envers leurs enfants, de l'amour desquels, tant s'en faut qu'elles se dussent éloigner par la mort des pères, que les voyant destitués du secours et aide de leur père, elles devraient par tous moyens s'exercer à faire le double office de père et de mère, desquelles donations, outre les querelles et divisions d'entre les mères et les enfants, s'ensuit la diminution des bonnes familles, et conséquemment diminution de la force de l'Etat public, à quoi les empereurs ont voulu pourvoir par plusieurs bonnes lois, et nous entendant l'infirmité du sexe avons loué et approuvé celles lois.

Motifs politiques, raisons morales, voilà ce qui a guidé le rédacteur de l'édit.

L'Edit de 1560 comprenait deux paragraphes

désignés sous le nom de premier et de second chef de l'Edit.

Le premier chef s'était inspiré de la loi *hac edictali*. Il était ainsi conçu : ordonnons que les femmes veuves, ayant enfants ou enfants de leurs enfants, si elles passent à de nouvelles noces, ne pourront en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens meubles, acquets ou acquis par elles, d'ailleurs que de leur premier mari, ni moins leurs propres à leurs nouveaux maris, père, mère, ou enfants des dits maris, ou autres personnes qu'on puisse présumer être par dol ou fraude interposées, plus qu'un de leurs enfants, ou enfants de leurs enfants ; et, s'il se trouve inégale division de leurs biens, faite entre leurs enfants ou enfants de leurs enfants, les donations par elles faites à leurs nouveaux maris, seront réduites et mesurées à la raison de celui des enfants qui aura le moins. »

A quelles personnes s'applique le premier chef de l'Édit ? — Le premier chef de l'Édit parlait des veuves qui se remariaient ; le préambule de l'édit parlant aussi de l'infirmité du sexe, il semblait qu'il ne devait s'appliquer qu'aux femmes et non aux hommes. Pasquier dans ses *Institutes* nous apprend qu'il a soutenu cette opinion. Il plaidait contre Jean le Maistre, ce dernier

soutenait qu'il n'y avait pas de raison pour faire de différence entre le père et la mère remariés. L'Édit, disait-il, avait suivi le droit romain ; or, la loi *hac edictali* avait été faite tant pour les hommes que pour les femmes. A ces arguments, Pasquier répondait qu'il y avait une raison de différence entre les hommes et les femmes, qu'on avait surtout voulu : brider les femmes pour l'imbécillité de leur sexe et non des hommes ; il tirait encore argument du deuxième chef de l'Édit qui parlait de l'homme et de la femme, d'où, disait Pasquier, l'Édit, dans son premier chef n'a pas oublié l'homme, mais a seulement voulu parler de la femme.

Il perdit son procès ; cette jurisprudence persista. Boucher d'Argis nous dit, en effet, que : c'est une jurisprudence constante que le retranchement porté par l'Édit a lieu aussi bien pour les donations faites par les hommes convolant en secondes noces que pour les donations faites par les femmes à leurs seconds maris.

Les hommes, dit Ricard (1), ne devaient point se plaindre de cette extension du premier chef de l'Édit, attendu qu'elle ne les regarde qu'en tant qu'ils témoigneraient autant de faiblesse que les femmes.

1. *Des donations*, ch. IX.

Quels sont ceux qui ne pouvaient recevoir plus que ne permettait le premier chef de l'Edit ?

Ce sont d'abord ceux qui sont épousés par des personnes ayant des enfants nés d'une précédente union, ensuite tous ceux qu'on peut raisonnablement regarder comme étant des personnes interposées, les père et mère du nouvel époux, les enfants que ce dernier a pu avoir d'un mariage antérieur : en un mot d'après la jurisprudence : tous les ascendants et descendants du nouveau conjoint, excepté les enfants communs. On se fondait pour expliquer cette extension sur l'identité de motifs et sur la loi 201 Dig. *de verb. signif.* : *patris nomine avus quoque demonstrari intelligitur*, du moins en ce qui concerne l'extension aux ascendants.

La limitation apportée par l'Edit s'appliquait à toutes les libéralités faites au second conjoint, même aux donations réciproques car, dit Pothier, l'Edit ne distingue pas (*Cont. de mariage*, n. 546) même aux libéralités pouvant résulter de conventions matrimoniales quoique ordinairement elles ne soient pas traitées comme donations.

Cette dernière solution était admise alors même que les avantages résultaient de l'adoption du régime de communauté légale. Etaient encore réductibles les avantages résultant des successions

mobilières échues pendant le mariage à l'époux remarié (Pothier, *Contrat de mariage*). Pour qu'il y eût lieu à réduction il fallait que l'avantage excédât une part d'enfant moins prenant. On entendait cette disposition en ce sens, que le second conjoint ne devait point recueillir une part plus forte que celle à laquelle l'enfant aurait eu droit. De plus si l'époux ayant des enfants contractait plusieurs mariages successifs, l'ensemble des libéralités faites aux différents conjoints ne devait pas excéder une part d'enfant,

Qui pouvait demander la réduction des libéralités excessives ? — Les enfants du premier lit et eux seuls. Si aucun de ces enfants ne survivait à leur auteur le premier chef de l'Edit ne s'appliquait pas. La portion retranchée se partageait entre tous les enfants, qu'ils fussent nés du premier ou du second mariage, le tout en vertu du principe qu'une égalité stricte doit régner entre les enfants d'un même auteur. Nous devons remarquer que pour profiter du retranchement il n'était pas nécessaire d'être héritier ; car, dit Pothier, les enfants du premier lit au profit desquels l'édit a fait le retranchement de cette portion, ne la tiennent que de l'édit ; l'édit est le seul titre en vertu duquel elle leur appartient, et pour les enfants du second mariage : leur mère ayant, par la donation

qu'elle a faite à son second mari, mis hors de ses biens tout ce qui est compris dans la donation ; tout ce qui y est compris, ne faisant plus partie de ses biens lors de sa mort, ne se trouve pas dans sa succession, d'où il n'est point besoin d'être héritier pour partager ce retranchement.

Nous devons remarquer que la dernière partie de ce raisonnement renferme une pétition de principe : l'action en réduction aboutit précisément à faire rentrer dans la succession la portion excessive.

Les enfants exhérédés ne pouvaient prendre une part des biens retranchés ; car, dit Pothier, lorsqu'un enfant est exhérédé par son père ou par sa mère, il est exclu de tous les titres auxquels la loi l'eût appelé aux biens de son père ou de sa mère. Il en était de même pour les filles incapables de venir à la succession parce qu'elles avaient renoncé à leurs droits successoraux en recevant une dot.

Pour obtenir le retranchement les enfants avaient une action réelle pouvant atteindre les tiers détenteurs des immeubles, qui n'ont pu en effet acquérir ces biens que grevés de la charge du retranchement éventuel.

Nous avons dit que la portion retranchée devait se partager entre tous les enfants, l'époux donataire participait-il à ce partage ?

La question était controversée. Ricard et Pothier s'inspirant des termes de la loi romaine soutenaient la négative. L'affirmative était enseignée par Renusson et Lebrun qui disaient qu'autrement l'époux n'aurait pas la part d'enfant que le lui accordait l'édit.

Deuxième chef de l'Edit. — Le second chef de l'Edit de 1560 s'était inspiré de la loi *Famiana*, il était ainsi conçu : Au regard des biens à icelles veuves acquis par dons et libéralités de leurs défunts maris, elles ne peuvent et ne pourront faire aucune part à leurs nouveaux maris ; ainsi elles seront tenues de les réserver aux enfants communs d'entre elles et de leurs maris, de libéralité desquels iceux biens leur seront advenus. Le semblable voulons être gardé es biens qui sont venus aux maris par dons et libéralités de leurs défuntes femmes, tellement qu'ils n'en pourront faire don à leur seconde femme, mais seront tenus de les réserver aux enfants qu'ils auront eus de la première.

De ce deuxième chef il résulte que le conjoint remarié ne pouvait donner au nouvel époux rien de ce qu'il avait reçu de son conjoint prédécédé. Les biens venus de ce dernier doivent être réservés aux enfants du premier lit. L'époux remarié est donc grevé d'une espèce de substitution en

faveur des enfants nés de la première union. Les enfants sont de véritables appelés à la substitution, ils ont un droit propre, les biens qui sont compris dans la substitution leur adviendront sans qu'ils aient besoin d'être héritiers de leur mère. Ils n'ont pas besoin non plus d'être héritiers du prédécédé qui est censé avoir appelé au bénéfice de cette substitution, non point ses héritiers, mais ses enfants. Cette dernière solution n'était pas admise par certains auteurs, entre autres par Ricard.

Ne peuvent profiter du second chef de l'Edit les enfants exhérédés ni les filles dotées par le prédécédé, soit que la coutume les déclare inhabiles à recueillir la succession de celui qui les dote, soit qu'elles renoncent expressément à leurs droits successoraux en échange de leur dot. Ainsi donc, pour profiter du second comme du premier chef de l'Edit, le droit coutumier déclara qu'il n'était pas besoin d'être héritier et qu'il suffisait d'être enfant, par contre il exigeait la capacité de venir à la succession. De même l'aîné qui exerçait son droit d'aînesse sur les biens nobles compris dans la substitution devait être héritier, ce qui était bizarre puisque pour recueillir ces biens il n'était pas nécessaire qu'il fût héritier.

Nous devons remarquer que l'époux grevé de

substitution ne pouvait pas choisir un des enfants du premier lit pour lui laisser les biens qui proviennent de l'époux prédécédé, ces biens devaient se partager par portions viriles entre tous les enfants nés de la première union, on suivait donc le droit des nouvelles.

La prohibition édictée en faveur des enfants par le second chef de l'Edit était générale, mais les époux pouvaient, d'après l'opinion commune, s'en affranchir par leur contrat de mariage. La question était plus discutée en ce qui concerne les testaments. La négative était notamment adoptée dans le ressort du Parlement de Paris.

Extension donnée au deuxième chef de l'Edit par l'article 279 de la Coutume de Paris.

— La part de conquets retirée par la femme d'une communauté dissoute devait-elle être soumise au deuxième chef de l'Edit ? Cette question avait donné lieu à de vives discussions. Lors de sa réformation en 1580 la Coutume de Paris adopta la solution la plus favorable aux enfants du premier lit. L'article 279 de la Coutume est ainsi conçu :

« Quant aux conquets faits avec ses précédents maris la femme n'en peut disposer aucunement au préjudice des portions dont les enfants desdits premiers maris pourraient amender de leur mère. »

Pothier nous donne les motifs de cette disposi-

tion : Si les conquets, dit-il, sont des biens dont on ne peut pas dire que la femme a été avantagée par son premier mari, elle est pourtant redevable de l'acquisition de ses biens à l'industrie, aux soins et à la collaboration de son premier mari.

La coutume ne tenait donc pas compte de la façon dont ces biens avaient été acquis, on ne considérait pas la moitié acquise de la femme comme un bien qui lui fût personnel.

Fallait-il étendre aux hommes la disposition de l'article 279 ? En faveur de la négative on faisait valoir qu'il ne fallait point étendre une disposition qui était pénale, que d'ailleurs il n'y avait pas mêmes motifs, les biens de la communauté étant plutôt le produit du travail de l'homme que celui de la femme. Le système qui adoptait la solution extensive répondait que l'Edit s'appliquant aux hommes comme aux femmes, la disposition de l'article 279 qui n'était qu'une extension du deuxième chef de l'Edit devait recevoir la même étendue d'application. On ajoutait qu'il y avait dans cette disposition bien moins une peine pour les époux qu'une faveur pour les enfants ; que si le mari acquérait par son travail, il est de son côté redevable à la femme qui a contribué par ses soins et son bon ménage au bon succès de la communauté.

La jurisprudence s'était fixée en ce sens par un arrêt du 4 mars 1697 rendu sous les conclusions conformes de Daguesseau.

Des veuves qui se remarient à des personnes indignes de leur qualité. Ordonnance de Blois (art. 182). — Même après les réformes apportées par l'Edit de 1560, les seconds mariages paraissaient présenter de graves inconvénients, pour les enfants au cas où la veuve se remariait avec un homme de condition bien inférieure à la sienne, se mésalliait, au risque, disent nos anciens auteurs, de livrer les biens et la vie de leurs enfants à leurs nouveaux maris. Aussi Henri III, par l'article 182 de l'Ordonnance de Blois de 1579, établit-il des peines contre ce convol : « comme plusieurs femmes ayant enfants d'autres mariages se remarient follement à personnes indignes de leur qualité, et qui pis est, aucunes à leurs valets, nous avons déclaré et déclarons tous dons et avantages qui, par les dites veuves ayant enfants de leurs premiers mariages seront faits à telles personnes, sous couleur de donation, vendition, association à leur communauté, ou autres quelconques, nuls et de nul effet ; et icelles femmes lors de la convention de tels mariages, avons mis et mettons en l'interdiction de leurs biens, leur défendons les vendre ou autrement aliéner en quelque sorte que

ce soit, et à toutes personnes d'en acheter ou faire avec elles autres contrats par lesquels leurs biens puissent être diminués ; déclarons les dits contrats nuls et nul effet. »

De même que les prohibitions de l'Edit, ces prescriptions ne recevaient leur application que si au décès de la mère il existait un ou plusieurs enfants nés d'un mariage antérieur.

L'article 182 de l'Ordonnance était beaucoup plus sévère que l'Edit.

La femme perdait la faculté de faire à son nouveau mari aucun avantage direct ou indirect. De plus, on lui interdisait d'aliéner ou d'engager ses biens du jour de la convention de mariage, c'est-à-dire du jour des fiançailles. S'il en était ainsi, dit Guy Coquille : « c'est qu'une femme se montrant en contractant un tel mariage être dépourvue de son bon sens, en se rendant volontairement indigne de la qualité de veuve d'un homme d'honneur, elle mériterait d'être interdite de la disposition de ses biens. » Pothier considère aussi les déchéances infligées à cette veuve comme une juste réparation accordée aux enfants du premier lit : « pour l'injure atroce faite par leur mère à la mémoire de son mari, en abdiquant le nom illustre qu'il lui avait donné, et une famille illustre dans laquelle il l'avait fait entrer, pour

prendre le nom et entrer dans la famille d'une personne indigne. »

Quand la veuve épousait-elle une personne indigne d'elle ? C'était une pure question de fait. Pothier nous dit que d'après la jurisprudence une veuve se remariait à une personne indigne de sa qualité lorsque étant veuve d'un gentilhomme ou d'un homme constitué en dignité, elle épouse un homme d'une profession dérogeante à la noblesse, tel qu'un artisan, un sergent etc. La veuve d'un bourgeois aisé est aussi censé épouser un homme indigne d'elle lorsqu'elle épouse un homme de la lie du peuple.

Devait-on étendre les dispositions de l'article 182 de l'Ordonnance aux hommes ? La jurisprudence adopta la négative car, dit un arrêt du Parlement de Bordeaux de 1591 : « les hommes remariés restent toujours maîtres et supérieurs, ils peuvent empêcher que leurs femmes fassent aucun tort ni injure aux enfants du premier mariage ; à quoi on peut ajouter que les femmes, à cause de l'infirmité de leur sexe, ne peuvent faire un choix aussi solide que les hommes ». Ces motifs sont extrêmement faibles. Pothier nous en donne d'autres plus satisfaisants. Si, dit-il, un homme se déshonore en épousant une femme indigne de sa condition dont il fait, en l'épousant, sa compagne, ce déshonneur

dont il se couvre n'est pas comparable à l'ignominie dont se couvre la femme en épousant un homme indigne de son rang auquel, en l'épousant, elle s'assujettit et à la condition duquel elle se réduit.

Il est évident que cela ne peut s'appliquer à l'homme puisque ce n'est pas l'homme qui acquiert par le mariage le nom et la famille de sa femme, mais la femme qui acquiert le nom et la famille de l'homme. »

DROIT INTERMÉDIAIRE

Les lois de l'époque intermédiaire apportèrent de grandes restrictions au droit de disposer à titre gratuit (loi 17 nivose, an II). Cependant par faveur pour le mariage il fut permis aux époux quand ils n'avaient pas d'enfants de se faire les avantages qu'ils voudraient. Lorsque les époux avaient des enfants communs ou des enfants d'un premier lit, l'article 13 de la loi du 17 nivôse an II ne leur permettait de se donner que l'usufruit de la moitié des biens laissés par le prémourant. Aucune protection spéciale n'était donc établie en faveur des enfants du premier lit, les lois romaines et l'Edit de 1560 étaient abrogées par l'article 61 de la loi

de nivôse an II, on avait complètement perdu de vue leur intérêt (1).

CODE CIVIL

Les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu encourir les reproches que l'on pouvait adresser à la législation de l'époque intermédiaire. Ils n'ont point hésité à protéger d'une façon énergique les droits des enfants nés d'une première union.

L'expérience de tous les temps, disait M. Joubert au Tribunal, a prouvé combien la loi devait veiller à ce qu'un second époux ne pût trop préjudicier à des enfants, dont l'origine ne laissait que trop souvent des souvenirs importuns. »

On chercherait en vain dans le Code civil un ensemble de dispositions relatives à la protection des enfants nés d'un premier mariage ; les diverses prescriptions qui les concernent sont disséminées, notre tâche consistera à les grouper dans un ordre logique.

Dans une première partie générale nous étudie-

1. L'art. 13 de la loi de ventôse abrogeait le premier chef de l'édit puisqu'il permet aux époux de se donner une moitié en usufruit. L'article 61 abrogeait implicitement le second chef car il abolissait toutes les lois et coutumes relatives à la transmission des biens par donations et successions.

2. Fenet, XII, p. 621.

rons les dispositions relatives à la protection de la personne et des biens des enfants du premier lit. Ce qui comprendra : 1° Ces restrictions au droit de correction et de tutelle de l'époux remarié ; 2° les modifications apportées au droit de jouissance légale.

Dans une deuxième partie nous devons étudier la protection des droits héréditaires des enfants du premier lit.

PREMIÈRE PARTIE

Le législateur a réalisé la protection de la personne et des biens de l'enfant d'un premier lit en apportant certaines restrictions aux droits qui dérivent de la puissance paternelle.

Il n'a point en cette matière fait une condition égale aux deux époux, les restrictions apportées aux droits de la mère sont plus nombreuses, plus graves que celles qui atteignent le père remarié.

Quelles sont ces restrictions, quels motifs ont conduit le législateur à traiter différemment le convol du père et celui de la mère, cette distinction se justifie-t-elle en raison, telles sont les questions que nous allons examiner.

Ces restrictions portent :

1° Sur le droit de correction des pères et mères ;

2° Sur le droit de jouissance légale conféré par la loi à la mère survivante sur les biens de ses enfants.

3° Sur le droit de tutelle de la mère. Sur le droit de désigner un tuteur testamentaire.

SECTION I

Des restrictions au droit de correction du conjoint remarié.

1° *Du père remarié.* — Le père qui a des sujets de mécontentement très graves sur la conduite d'un enfant peut requérir son emprisonnement. Suivant les cas, la détention a lieu par voie d'autorité ou par voie de réquisition. Dans le premier mode d'agir, le président du tribunal doit délivrer l'ordre d'arrestation sans pouvoir demander au père de lui indiquer la faute dont l'enfant a pu se rendre coupable.

Dans la détention par voie de réquisition, le juge peut refuser l'ordre d'arrestation si les motifs allégués ne lui semblent pas suffisamment graves. Dans le cas où le père est remarié, il ne peut agir que par voie de réquisition (art. 380 et 377, C. civ.). La loi craint l'influence de la seconde épouse du père, la marâtre de l'enfant ; « elle ne suppose plus au père ni la même tendresse, ni la même impartialité » (Réal, *Exposé des motifs*).

Le père dont le second mariage est dissous recouvre-t-il le droit de faire détenir ses enfants par voie d'autorité ?

Un premier système répond négativement. Le droit de faire détenir ses enfants par voie d'autorité est enlevé au père dès lors qu'il s'est remarié (art. 380). Il n'existe aucun texte qui lui restitue ce droit si son mariage est dissous, donc il doit en rester privé. Il est vrai, dit-on, que la marâtre n'est plus là pour agir sur l'esprit du père et le pousser à mésuser de son pouvoir, mais son affection pour ses enfants n'est plus la même, on ne saurait trop prendre de précautions (1).

On invoque encore dans ce système ce qui a lieu au cas où la mère a perdu l'usufruit légal, le décès du second mari, dit-on, ne lui fait pas recouvrer ce droit.

Dans un second système que nous adoptons, on fait d'abord remarquer que l'argument d'analogie que l'on voudrait tirer du cas où la mère a perdu l'usufruit n'a aucune valeur, la question étant des plus controversées (2).

A l'argument que l'on voudrait tirer de l'article 380 on peut objecter que c'est précisément la question controversée que de savoir si cet article enlève le droit d'une façon absolue ou seulement pendant le temps que dure le second mariage.

1. Nous supposons remplies les autres conditions : enfants mineurs de 16 ans, n'ayant pas de biens personnels, etc.

2. Démolombe, t. VI, n. 324.

Tant qu'on n'aura pas prouvé que les mots : Si le père est remarié, veulent dire : par cela seul que le père se remarie, on n'aura pas prouvé qu'il perd le droit d'une façon absolue.

Mais nous devons aller plus loin ; le texte porte : si le père est remarié « il suppose donc que le mariage existe. Comme le fait remarquer M. Laurent « peut-on dire du père redevenu veuf qu'il est marié, assurément non ». N'étant plus dans les termes de l'exception nous rentrons dans la règle, c'est-à-dire que le père pourra faire déterminer son enfant par voie d'autorité.

On dit encore dans le premier système : L'affection n'est plus la même ; qu'en sait-on, ce qu'il y a de certain c'est que l'influence de la seconde femme sur le père n'est plus à craindre (1).

Pendant combien de temps l'enfant peut-il être détenu lorsque le père remarié ne peut exercer son droit que par voie de réquisition ? — L'article 380 Code civil renvoie à l'article 377, faut-il en conclure que le père remarié pourra requérir contre son enfant une détention de six mois, alors même que ce dernier aurait moins de seize ans ?

1. En ce sens, Marcadé sur l'art. 375, n. 2 ; Aubry et Rau, t. 6, § 550, note 18 ; Laurent, IV, n. 277.

Un premier système soutient l'affirmative. L'article 380 se réfère sans restrictions à l'article 377, c'est-à-dire à toutes les dispositions contenues dans cet article. La durée de la peine est en raison du mode employé pour la demander. On ajoute que cette solution ne présente pas de dangers, car les intérêts de l'enfant sont sauvegardés par le pouvoir que la loi donne au président, de réduire le temps de la détention demandée par le père.

D'après un second système la détention de l'enfant mineur de seize ans ne saurait excéder un mois.

Le maximum de la détention, dit-on, est plus ou moins élevé suivant que l'enfant a plus ou moins de 16 ans, et non pas suivant que l'on emploie pour la demander telle ou telle voie. Ce principe est posé formellement dans les articles 376 et 377 Code civil.

Les articles 380 et suivants remplacent par faveur pour l'enfant la voie d'autorité par la voie de réquisition, ce serait retourner contre lui une mesure édictée en sa faveur que de donner au père remarié un droit plus étendu quant à la durée de la peine. Enfin l'article 382 Code civil ne se réfère, d'après l'opinion unanime, à l'article 377 que quant à la forme qui doit être employée, pourquoi en serait-il différemment dans l'article

380 où il s'agit d'une exception semblable fondée sur un motif de faveur pour l'enfant (1).

Si l'enfant détenu a des biens personnels ou exerce un état il peut, dit l'article 382 C. civ., adresser un mémoire au procureur général près la Cour royale. Cette voie de recours doit-elle être accordée à l'enfant détenu sur la réquisition de son père remarié ?

D'après un premier système il faut refuser à l'enfant cette voie de recours, car organisée par l'alinéa deuxième de l'article 382, elle ne s'applique qu'aux deux hypothèses prévues par le premier alinéa. Une seconde opinion, assurément préférable en législation, accorde ce droit à l'enfant, il serait étrange, dit-on, que l'enfant qui a des biens personnels puisse adresser un mémoire au procureur et que l'enfant détenu n'ait pas le même droit, ce dernier plus que l'autre a besoin d'être protégé. Ce système est très raisonnable, le premier nous semble plus juridique.

Quelle est au point de vue du droit de correction la position de la mère remariée ?

La mère même non remariée ne peut jamais user du droit de correction que par voie de réquisition et avec le concours des deux plus proches

1. Marcadé, Demolombe, VI, 329.

parents paternels de l'enfant. Si elle se remarie, la mère perd entièrement le droit de correction. L'article 381 dit en effet : la mère survivante, *et non remariée*, ne pourra faire détenir son enfant, qu'avec le concours des deux plus proches, etc.

Est-ce à dire que la mère remariée n'aura plus aucun moyen pour réduire un enfant indiscipliné ? Non, si la mère est tutrice, le conseil de famille pourra l'autoriser à exercer le droit de correction. L'article 468 Code civil, décide, en effet : que le tuteur qui aura des sujets de mécontentement graves sur la conduite du mineur, pourra porter les plaintes à un conseil de famille, et s'il y est autorisé par ce conseil, provoquer la réclusion du mineur conformément à ce qui est statué à ce sujet au titre de la puissance paternelle.

Si la mère n'est point tutrice on lui reconnaît, puisqu'elle a la garde de l'enfant, le droit d'obliger le tuteur à user de la faculté que lui donne l'article 468, c'est-à-dire, convoquer le conseil de famille afin d'obtenir son autorisation.

La mère dont le second mariage est dissous recouvre-t-elle le droit de correction. Nous déciderons de même que pour le père, et pour les mêmes motifs : elle recouvre le droit de correction.

SECTION II

*Du droit de jouissance légale sur les biens des enfants nés
d'un précédent mariage.*

Aux termes de l'article 384 Code civil : le père durant le mariage « et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère », auront la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis ; ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans.

Ainsi de droit commun le survivant des père et mère a le droit de jouissance légale. Ce droit lui est-il conservé s'il contracte une nouvelle union ? L'article 386, Code civil, répond à cette question en ce qui concerne la mère : cette jouissance cessera à l'égard de la mère dans le cas d'un second mariage. La loi ne dit rien du père qui se remarie, il conserve donc le droit de jouissance légale.

Quels motifs ont conduit le législateur à traiter différemment le mariage de la mère et celui du père ?

La Coutume de Paris (1), plus logique ce semble, ne distinguait pas. Elle prononçait la déchéance

1. Art. 268, de la coutume.

de l'usufruit légal contre celui qui passait à de nouveaux liens, que ce fut le père ou la mère.

Cambacérès, dans la séance du Conseil d'État du 8 vendémiaire an XI (Loché, t. 3, p. 322), proposa d'établir une distinction entre le père et la mère. Le père qui se remarie, disait-il, demeure le chef de la famille, tandis que la mère par son second mariage passe dans une nouvelle famille (1), il est injuste qu'elle y porte les revenus de ses enfants d'un premier lit, et qu'elle enrichisse à leur préjudice son nouvel époux. »

Les motifs donnés par Cambacérès sembleront bien faibles, le mari, chef de famille, la femme *loco filia*, ces raisons ne sont plus de mise aujourd'hui. On peut dire du père ce que Cambacérès disait de la mère : il est injuste qu'il porte les revenus des biens de ses enfants dans sa nouvelle famille et que cet argent serve à payer les toilettes de la seconde femme.

Si l'on suppose enfin que les deux époux ont chacun des enfants nés d'une première union, n'y

1. Réal dit de même : « Quelques motifs parlaient en faveur des mères qui ne se marient que pour conserver à leurs enfants l'établissement formé par le père, mais cette exception ne peut effacer l'inconvenance qu'il y aurait à établir en principe que la mère peut porter dans une autre famille les revenus des enfants du premier lit et enrichir son époux à leur préjudice ». Exposé des motifs de la loi relative à la puissance paternelle. Séance du 23 ventôse an XI.

a-t-il pas inégalité choquante entre le traitement des uns et celui des autres. Le mari a l'usufruit des biens de ses enfants, c'est-à-dire que l'argent qui en provient se confondra avec les autres revenus des époux, rien de semblable n'aura lieu à l'égard des enfants issus du premier mariage de la femme. L'innovation introduite dans le Code est regrettable, il est désirable dans l'intérêt des enfants du premier lit que le second mariage du père entraîne la perte du droit d'usufruit légal (1).

L'article 386 ne s'occupe que de la mère remariée, nous n'étendrons donc pas la solution qu'il donne au cas où la mère non remariée vivrait dans un état d'inconduite notoire, ou en concubinage. On peut s'étonner à bon droit que la solution contraire ait été consacrée par la Cour de Limoges (16 juillet 1807, 2 av. 1810, Sirey, 1813, 2, 290). Il est vrai que l'article 444, Civ. décide : « Sont aussi exclus de la tutelle et même destituables s'ils sont en exercice les gens d'une inconduite notoire » partant la mère pourrait dans le cas qui nous occupe être exclue ou destituée, mais elle ne pourrait être privée de la jouissance des biens de ses enfants, la loi n'en disant rien. Cer-

1. D'après l'article 332 du Code civil italien l'usufruit légal cesse par le convol, soit du père, soit de la mère.

tains auteurs qui admettent cette solution la justifient en disant que la perte de l'usufruit légal est une peine qui comme telle doit être prononcée formellement et ne peut être étendue par analogie d'un cas à un autre (Duranton, t. 3, p. 381). Il nous semble que l'on peut faire valoir un autre argument : si la loi a privé de l'usufruit légal la mère c'est parce que se remariant elle n'est plus chef de famille ; si elle ne se remarie pas elle conserve cette qualité (Aix, 1813).

Un arrêt de la Cour d'Aix du 13 juillet 1813 (Sirey, 1814, 2, 70) a fait justice du système adopté par la Cour de Limoges. « Le législateur (dit l'arrêt d'Aix), ne pouvant ignorer que l'ancienne jurisprudence destituait la veuve impudique du droit de garde, n'a cependant pas compris cette inconduite parmi les cas de privation de jouissance, le parallèle entre le mariage et l'impudicité de la veuve et la conséquence *a fortiori* que l'on pourrait soutenir en morale, ne sont cependant plus exacts d'après les motifs de l'article 386, puisque la mère qui se remarie ne perd cette jouissance que parce que cessant d'être chef et passant sous l'autorité du second époux elle ne doit pas transporter dans une autre famille les revenus de ses enfants, tandis que la veuve coupable d'incontinence ne cesse pas d'être veuf et chef. »

Un arrêt de la Cour de Lyon du 4 juin 1878 (1) a consacré la même solution. Il décide que le tuteur qui sera nommé pour remplacer la mère déchue de la tutelle pour inconduite notoire administrera les biens des mineurs mais devra verser entre les mains de la mère l'excédent des revenus sur la dépense du mineur (2).

L'usufruit légal revit-il au profit de la mère si elle devient veuve avant que ses enfants du premier lit aient atteint l'âge de dix-huit ans? La négative est admise par la majorité des auteurs (3). Voici les arguments que l'on invoque dans ce système : l'article 386 décide que : la jouissance cessera. Ce texte est absolu. Il ne dit pas que la jouissance sera suspendue, elle cessera, donc pour toujours. Dans l'opinion contraire on est forcé d'ajouter « pendant la durée du second mariage ». Ce n'est pas, dit-on, interpréter la loi mais la faire. Pour dépouiller les enfants de la jouissance dans laquelle ils sont légalement rentrés il faudrait un texte clair et précis ; or, ce texte n'existe pas.

1. Sirey, 1879, 2, 3.

2. Cette question ne présente plus le même intérêt depuis la loi du 24 juillet 1889 sur les enfants maltraités ou moralement abandonnés. Aujourd'hui en effet en vertu de l'art. 2, al. 6 de cette loi la mère dont « l'inconduite est notoire et scandaleuse » peut se voir enlever le droit de jouissance légale par une décision de justice.

3. Demolombe, t. VI, n. 562. — Aubry et Rau, 4^e édition, § 550 *bis*, note 32.

Admettre cette opinion c'est faire prévaloir la lettre de la loi. Si l'usufruit cesse, c'est, nous l'avons vu, afin d'empêcher la mère remariée de porter les revenus des biens de ses enfants du premier lit dans une nouvelle famille. Ce danger n'est plus à craindre quand le second mariage est dissous. Comme le dit M. Laurent : l'usufruit ne cesse qu'à raison du second mariage, la cause cessant l'effet doit cesser (1).

Les auteurs qui adoptent le système que nous avons repoussé voient surgir une nouvelle difficulté. La déchéance que la loi fait subir à la mère qui a convolé est-elle encourue quand ce mariage est nul?

Certains auteurs disent que c'est au fait de la célébration du second mariage que la loi attache la déchéance dont il s'agit, peu importe qu'il soit valable ou nul. Ils exceptent toutefois le cas où le deuxième mariage de la mère aurait été contracté sous l'empire de la violence. Ce système avec le tempérament que l'on prétend y apporter n'a pas de base légale.

D'autres auteurs, en l'absence de texte, appliquent ici les principes généraux du droit : un mariage annulé est censé n'avoir jamais existé, par

1. Taulier, I, p. 496 ; Laurent, t. IV, n. 338.

suite tous les effets qu'il a produits, y compris la déchéance établie par l'article 386, seront rétroactivement anéantis (1).

L'accord cesse entre ces mêmes auteurs quand le mariage annulé était à l'égard de la femme un mariage putatif. Les uns arrivent à cette conclusion bizarre : si le mariage est putatif il produit des effets civils, d'où la femme a perdu l'usufruit légal (2). On a répondu que le mariage putatif produit des effets en ce sens que l'époux de bonne foi peut invoquer les droits et avantages qui en résultent. Dire que la femme de bonne foi n'aura pas l'usufruit légal ce serait retourner contre elle une règle introduite en sa faveur (3).

SECTION III

Restriction du droit de tutelle et de désignation d'un tuteur testamentaire.

§ 1. — Restriction du droit de tutelle.

Après la dissolution du mariage arrivée par la mort de l'un des époux, la tutelle appartient de plein droit au survivant des père et mère.

1. Baudry, t. 4, n. 983.

2. Duranton, III, n. 387.

3. En ce sens, Baudry-Lacantinerie.

Le législateur a-t-il, dans l'intérêt des enfants, apporté quelques restrictions au droit commun au cas où le conjoint survivant se remarie ?

Tandis que le père remarié conserve, nous l'avons vu, l'usufruit des biens de ses enfants mineurs, la mère qui contracte une nouvelle union perd le droit de jouissance légale. Ce n'est point la seule précaution que prend la loi, elle ne permet pas non plus que la mère conserve de plein droit la tutelle. Il faut que le conseil de famille l'y maintienne. C'est ce que décide l'art. 395 C. civ. : Si la mère tutrice veut se remarier, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée.

Remarquons qu'ici encore la loi a établi une différence entre le convol de la mère et celui du père. Quels ont été pour les rédacteurs du Code les motifs de cette distinction.

Le projet de Code civil assimilait le convol du père au convol de la mère ; le père qui se remariait était soumis à cette même obligation de convoquer le conseil de famille. Au conseil d'État Tronchet demanda que le père et la mère fussent

mis sur la même ligne. Pour justifier ce traitement égal, Tronchet disait qu'un second mariage pouvait faire douter de l'affection du père aussi bien que de l'affection de la mère. Il faisait remarquer qu'il était même des circonstances où ce doute pouvait être converti en certitude : tel serait le cas où un homme opulent épouserait sa servante.

Pour faire triompher l'opinion contraire, Bigot Preameneu invoqua les raisons suivantes que nous avons déjà rencontrées lorsqu'il s'agissait de justifier la privation de l'usufruit légal de la mère remariée. Elles se ramènent à cette idée : le père qui se remarie reste chef de famille, il en est autrement pour la mère. « Le père, en se remariant, dit Preameneu, devient le chef de la nouvelle famille, il reste le maître de ses affaires, c'est lui qui, de fait et de droit, continue à gérer la tutelle. Tandis que la mère qui convole en secondes noces tombe sous la puissance de son deuxième mari ; c'est celui-ci qui de fait administrera les biens des enfants du premier lit et prendra soin de leur personne. Dès lors il faut que le conseil de famille intervienne, pour examiner si le deuxième mari mérite d'être chargé de la mission qu'il est appelé à exercer. »

Berlier donne de cette différence des motifs

semblables : « La femme passe dans une nouvelle société dont le chef est étranger à ses enfants, et si ce fait ne saurait sans injustice lui faire perdre la tutelle de plein droit ; du moins suffira-t-il pour appeler la famille à délibérer si elle doit lui être conservée. »

Ces arguments laissent debout le reproche tiré du défaut d'affection qui doit faire suspecter le père comme la mère. Le père reste, dit-on, maître de ses affaires, chef de la nouvelle famille, cela est vrai en théorie non en pratique. Si la nouvelle épouse prend sur le père un tel empire qu'il lui obéisse aveuglément, les droits des enfants ne seront-ils pas sacrifiés. Quoiqu'il en soit la loi a statué.

L'article 395 impose à la mère l'obligation de convoquer le conseil de famille. Deux hypothèses peuvent se présenter :

1° La mère n'a point convoqué le conseil de famille ; 2° elle a fait cette convocation. Nous devons dans ce deuxième cas distinguer selon que le conseil a ou n'a point conservé la tutelle à la mère.

Avant d'aborder l'étude de ces questions quelques remarques préliminaires sont nécessaires.

Nous avons parlé de convocation. Comment se fera-t-elle et à quelle époque ?

Cette convocation (art 406 C. civ.) aura lieu sur la réquisition de la mère et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur (1). De plus elle devra avoir lieu avant l'acte de mariage, c'est-à-dire avant la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.

La décision du conseil de famille doit-elle être rendue avant l'acte de mariage? — Quelques auteurs l'ont soutenu ; les mots : avant l'acte de mariage, ont dit ces auteurs, dominant toute la suite de l'alinéa, ils ne régissent pas seulement la convocation du conseil de famille mais aussi la solution de la question qui motive la convocation, c'est-à-dire le maintien ou l'exclusion de la tutelle. Il faudrait donc décider que si la mère n'attend pas le résultat de la délibération et procède sans plus tarder à la célébration du mariage elle est déchue de la tutelle. Nous ne croyons pas qu'il faille adopter ce système, l'article 395 n'attache expressément cette rigoureuse sanction qu'au défaut de convocation du conseil de famille, on ne peut étendre une déchéance par voie d'interprétation. On comprend du reste qu'il ne puisse dépendre du conseil de retarder indéfiniment le mariage de la mère. Cette solution a été adoptée par un

1. C'est-à-dire à la poursuite du juge du dernier domicile de la mère tutrice. Bruxelles, 24 nov. 1829.

arrêt de la cour de Montpellier du 14 mai 1883 (1) :
« attendu, dit l'arrêt, que l'article 393 n'impose point à la mère tutrice qui veut se remarier, l'obligation d'ajourner son second mariage jusqu'à la solution définitive de la question par elle déférée au conseil de famille, que la tutrice a suffisamment et complètement obéi au vœu de la loi, en soumettant à ce conseil les difficultés que peut faire naître sa nouvelle situation, qu'elle n'a donc encouru nulle déchéance, etc. »

Première hypothèse. — La mère ne s'est pas conformée aux prescriptions de l'article 393, soit par calcul, soit par ignorance, quelle va être la sanction de la violation de la loi?

L'article 395, alinéa 2, indique la sanction de l'obligation imposée à la mère. En premier lieu elle est déchue de la tutelle. Devons-nous en conclure que l'hypothèque légale des mineurs ne grève plus ses biens? Oui, ont dit certains auteurs, l'hypothèque légale pèse uniquement sur les biens des tuteurs; or, la loi elle-même déclare que la mère est déchue (2). A ce raisonnement on a répondu qu'à la tutelle de droit succède une tutelle de fait, ce qui le prouve, c'est que le Code qualifie lui-même cette gestion, de tutelle indûment conservée. La

1. Pandectes françaises, tome 5, 2, 2 5, en note.

2. Laurent et Durantou, XIX, p. 312.

règle de l'article 395 faite uniquement dans l'intérêt des mineurs, ne doit pas pouvoir être retournée contre eux. Il serait inouï, dit Demolombe, que la loi eût enlevé au mineur sa garantie dans le moment même où elle lui devient plus nécessaire. » Si nous supposons, en effet, que plus tard la mère convoque le conseil de famille et que celui-ci la maintienne dans la tutelle, il y aurait d'après le premier système une solution de continuité dans l'hypothèque légale du mineur, et cette lacune correspondrait précisément au temps pendant lequel la mère a violé la loi. Adopter le premier système, ce serait accorder une faveur à la mère qui s'est soustraite à l'accomplissement des obligations que lui imposait la loi (1).

Remarquons que la mère qui n'a pas convoqué le conseil n'est déchue que de la tutelle, elle conserve la puissance paternelle. Elle ne peut administrer les biens de ses enfants, mais elle a le droit d'éducation partant le droit de garde (2), elle a aussi le droit d'émanciper ses enfants.

1. Pour justifier cette solution M. Valette (*Cours de Code civil*, t. I, p. 515), a donné les motifs suivants qui nous semblent plus juridiques. Si la mère est tenue hypothécairement ce n'est point parce que tout exercice d'une tutelle de fait, n'appartenant pas au gérant, soumettrait ce dernier à l'hypothèque légale et aux autres règles de la matière, mais parce que la mère tutrice, en ne convoquant pas le conseil de famille, a commis une faute qui engage sa responsabilité.

2. Liège, 6 mars 1806, et Colmar, 7 juin 1807.

Des actes accomplis dans l'intérêt du mineur par la mère déchue. — La mère déchue n'a plus qualité pour accomplir les actes de la tutelle. Mais si en fait elle s'est conduite comme si elle était toujours tutrice, elle ignore peut-être la déchéance dont le code l'a frappée, quel sera le sort des actes accomplis par elle ? Les actes qu'elle passera avec des tiers ne pourront en principe obliger le mineur (1), mais de tels actes pourraient cependant lui être opposés dans la limite où il en a tiré un profit.

Qui peut invoquer la nullité de tels actes ? Il faut reconnaître ce droit au mineur et au mineur seul. Les tiers qui ont traité avec la mère n'auraient pas ce droit, ce n'est pas dans leur intérêt que la nullité a été établie. Nous adoptons cette solution même au cas où les tiers qui ont contracté avec la mère seraient de bonne foi. Comme le dit M. Laurent la bonne foi des tiers ne peut donner au tuteur de fait le droit d'agir.

La déchéance de la tutelle n'est pas la seule pénalité que la loi inflige à la mère ou plutôt ce n'est pas la seule précaution qu'elle prend dans l'intérêt des mineurs. L'article 395 dans son deuxième alinéa décide en effet que les nouveaux conjoints sont solidairement responsables de toutes les sui-

1. Zachariæ, t. I, p. 247.

tes de la tutelle indûment conservée par la mère ; le législateur a pensé que la mère déchue conservant en fait la tutelle qu'elle a perdue en droit, ce serait son mari qui gèrerait la tutelle et serait ainsi co-tuteur de fait de même que la mère est tutrice de fait. La loi a dû prendre contre le nouveau mari les mêmes précautions qu'elle a prises contre la femme elle-même. Si la mère était maintenue dans la tutelle, son mari serait co-tuteur et comme tel responsable de la gestion, il serait inadmissible qu'il fût traité plus favorablement dans le cas où simple co-tuteur de fait il ne présente peut-être pas les garanties que le conseil de famille aurait sans doute exigées. La loi édicte une responsabilité solidaire ; c'est-à-dire que l'enfant, qui à l'occasion de la tutelle aura des actions à exercer, pourra agir pour le tout et à son choix, contre sa mère ou contre son beau-père.

Etendue de la responsabilité du nouveau mari. — Une controverse qui a divisé les auteurs les plus considérables et la jurisprudence s'est élevée sur le point de savoir si le mari co-tuteur de fait était responsable non-seulement de la gestion postérieure au mariage mais aussi de la gestion antérieure.

Pour soutenir l'affirmative, on a fait valoir les arguments suivants :

On tire tout d'abord argument de la différence de rédaction des articles 395 et 396 C. civ. Au cas où le conseil de famille convoqué a maintenu la tutelle à la mère et nommé le mari co-tuteur, l'article 396 déclare expressément que le mari est responsable de la gestion postérieure au mariage, au contraire l'article 395, visant le cas où il est co-tuteur de fait, dit qu'il est responsable de toutes les suites de la tutelle. Si dans deux articles voisins le législateur a employé, pour déterminer la responsabilité du mari, des expressions différentes, c'est qu'il est différemment traité dans les deux cas. Le mari ne doit, dit-on, s'en prendre qu'à lui; il pouvait, en exigeant de sa future femme, la convocation du conseil de famille, s'affranchir de toute responsabilité pour les faits de gestion antérieure. Cette solution, ajoute-t-on, était suivie dans notre ancien droit (*Domat*. liv. II, tit. 1^{er}, n. 37 (1), Pothier, *Hypoth.* sect. 1, art. 3) qui lui même l'avait emprunté au droit romain (loi 6, code, *In quibus causis pignus*); rien ne nous autorise à penser que les législateurs du Code civil ont voulu innover sur ce point. Bien plus un article avait été proposé qui limitait

1. Les biens du second mari, dit-il, seront hypothéqués envers le mineur pour tout ce qui se trouvera lui être dû par le compte, tant pour le passé que pour l'avenir.

expressément à la gestion postérieure au mariage la responsabilité du mari, l'on en trouve plus trace dans la rédaction dernière (1).

Les partisans de la négative reconnaissent qu'il n'est pas contestable que l'ancien droit ait adopté la solution que l'on veut faire prévaloir aujourd'hui, mais la question, disent-ils, est de savoir si elle a été admise par le législateur du Code civil, ce qui est loin d'être démontré. Pour établir la responsabilité du second mari vis-à-vis d'une gestion qui n'est pas la sienne il faudrait un texte formel.

Quant à l'argument tiré du rapprochement des articles 395 et 396, il n'est point probant. On peut d'abord lui opposer un autre argument de textes : la loi dit que le second mari est responsable des suites de la tutelle indûment conservée ; il n'y a tutelle conservée indûment que celle qu'il a gérée postérieurement à la célébration du mariage. En second lieu, il résulte d'une observation faite au Tribunat que l'expression « toutes les suites » a été employée uniquement pour comprendre le défaut de gestion et l'indue gestion, et non point pour rendre le mari responsable de la gestion antérieure au mariage. Le projet primitif était

1. Delvincourt, I, p. 13, note 103. Duranton, III, 426. Aubry et Rau, § 99 *bis*, texte n. 23 et note 26.

ainsi conçu... et son nouveau mari est solidairement responsable de la gestion à compter du jour de l'acte de mariage (Fenet, t. X, p. 572). M. Berlier au Conseil d'Etat proposa la rédaction suivante : et son nouveau mari sera solidairement responsable de l'indue gestion qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage (art. 8, *in fine*), et l'article suivant (aujourd'hui l'art. 396), parlait du second mari co-tuteur : qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage (Fenet, X, p. 396). Le Tribunal fit observer que dans l'article 8 on parlait seulement d'indue gestion et demanda que le mari fût également responsable du défaut de gestion, il proposa de dire : et son nouveau mari sera solidairement responsable avec elle depuis le nouveau mariage. Le Conseil d'Etat modifia donc sa rédaction et rédigea l'article 395 ; les mots : de toutes les suites « comprenant dans sa pensée : l'indue gestion et le défaut de gestion. Les mots : *indûment conservée* ont remplacé l'expression plus longue : *depuis le nouveau mariage*, on ignore les motifs de cette substitution, mais il n'en résulte pas que le Conseil d'Etat, qui tint compte au commencement de l'article du vœu du Tribunal ait voulu revenir à l'ancien droit » (1).

1. Demolombe, t. 7, n. 427 et Ducaurroy, t. 1, n. 594 et 595.

La jurisprudence favorable aux enfants du premier lit a adopté le premier système dans plusieurs arrêts (1).

Nous devons maintenant rechercher si (nous plaçant toujours dans le cas où la mère n'a pas convoqué le conseil) la créance que le mineur peut avoir contre le nouveau mari est garantie par une hypothèque. Remarquons que même les auteurs qui avec la jurisprudence décident que le nouveau mari est responsable de la gestion antérieure au mariage, refusent d'accorder aux mineurs une hypothèque légale, pour garantie de la créance qui peut être née à leur profit, d'un acte accompli antérieurement au mariage. En effet, jusqu'au mariage le nouveau mari n'est tuteur ni en droit ni en fait, il ne peut être question de l'hypothèque qui grève les biens du tuteur.

Pour les créances dérivées de la gestion postérieure la question est plus délicate. Les auteurs qui refusent au mineur hypothèque légale sur les biens de la mère tutrice de fait (2), décident de même, cela se conçoit, pour le nouveau mari co-tuteur de fait. Quoique nous ayons admis l'hypothèque légale à l'égard de la mère nous ne pen-

1. Nîmes, 1831, Sirey 32, 2, 159; Caen, 1860, Sirey 60, 2, 610; Dijon, 1862, Sirey, 62, 2, 236.

2. Laurent.

sons pas qu'elle pèse sur le nouveau mari. C'est que la mère qui n'a pas convoqué le conseil de famille avant son mariage a commis une faute étant tutrice, faute qui engage sa responsabilité et des suites de laquelle elle est tenue hypothécairement comme de toutes les fautes qu'elle pourrait commettre (1).

Le nouveau mari, en épousant la mère sans veiller à ce qu'elle ait préalablement convoqué le conseil de famille, participe à sa faute, et le code le déclare solidairement responsable avec sa femme, des suites de cette gestion, mais il n'est pas tuteur, ne l'a jamais été, partant l'hypothèque légale qui pèse sur les biens des tuteurs ne peut l'atteindre. Il est, dit-on, tuteur de fait ; mais cette tutelle de fait la loi ne la connaît pas comme une véritable tutelle, c'est une gestion indue ; le tuteur de fait est un *gérant d'affaires* dont la responsabilité est réglée par le droit commun. Il n'y a pas de texte qui fasse peser une hypothèque légale sur les biens du gérant d'affaires.

Les inconvénients que présentent pour les mineurs l'adoption de ce système ont conduit la jurisprudence à étendre à cette gestion, dite

1. Valette, *Cours de Code civil* et Marcadé, art. 393, n. 2. *Contra* : Demolombe, VII, 427. Aubry et Rau, III, § 264 bis, note 13. Troplong *Des hypoth.*, n. 426.

tutelle de fait, les règles de la tutelle de droit. La jurisprudence déclara qu'il serait absurde que le tuteur de fait eût une condition supérieure à celle du tuteur de droit et en conséquence lui fit supporter toutes les charges et incapacités qui pèsent sur ces derniers.

Cette solution est acceptable, désirable même en législation (1) dans l'intérêt des enfants du premier lit, mais il n'appartient pas à l'interprète d'amender l'œuvre du législateur. La Cour suprême a, à plusieurs reprises, adopté le système que nous combattons.

Cassation, 14 décembre 1836 (Sirey, 1837, I, 88 et Sirey 1879, I, 55).

L'assujettissement du tuteur de fait à l'hypothèque légale n'est pas la seule conséquence que la jurisprudence ait tiré de son système. Elle applique à ce tuteur de fait les incapacités spéciales qui frappent les tuteurs : articles 450 et 907 Code civil. C'est ainsi que l'arrêt de Cassation cité plus haut (14 déc. 1836) décide que : tant que le compte de tutelle n'est pas rendu et apuré, le tuteur de fait ne peut recevoir aucune donation entre-vifs ou testamentaire de la part des enfants du premier lit.

Convocation du conseil de famille posté-

1. L'ancien droit accordait cette garantie au mineur.

rière au mariage. — La mère étant déchue de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil, il appartient à ce dernier de nommer un nouveau tuteur.

Il n'y a pas lieu, comme l'avait jugé le tribunal de la Seine, à la tutelle des ascendants. Celle-ci n'est point de droit tant que le père ou la mère sont vivants (Paris, 24 juin, 56, D. 57, 2, 10).

La mère déchue pourrait-elle être choisie comme tutrice par le conseil de famille? On décide généralement l'affirmative. En effet, dans le projet du Code civil la solution contraire était admise (Fenet, X, p. 572). Cette disposition ayant été écartée, il en résulte que le conseil peut choisir la mère comme tutrice, ce sera une tutelle dative. On peut encore faire remarquer que l'article 445 ne vise que les cas d'exclusion ou de destitution; or, l'article 395 ne parle que de déchéance; cette solution favorable à la mère peut aisément se défendre. Souvent, en effet, le défaut de convocation du conseil de famille résulte non pas du dol ou de la négligence mais simplement de l'ignorance de la mère (1).

La jurisprudence est en ce sens (Paris, 24 juin 1856. S. 56, 2, 527). En nommant ainsi tutrice la

1. Duranton, t. III, n. 427. Zachariæ, t. 1, p. 248.

mère remariée le conseil devra lui donner son second mari pour co-tuteur.

Deuxième hypothèse. — La mère a convoqué le conseil de famille conformément à l'article 395 Code civil.

A. — *Le conseil conserve la tutelle à la mère remariée.* — La question que le conseil une fois convoqué aura à résoudre est celle de savoir s'il faut conserver la tutelle à la mère. Pour décider il devra prendre en considération l'affection de la mère pour ses enfants, l'honorabilité, la solvabilité du second mari, son aptitude à gérer les biens. Si cet examen est favorable à la mère et au second mari le conseil devra « conserver la tutelle à la mère ».

De l'expression employée par la loi nous tirons, cette conséquence, que c'est la tutelle légale qui se continue, et non point une tutelle qui commence. Cette constatation aurait de l'intérêt pour les auteurs qui pensent que l'article 454, C. Civ. s'applique à la seule tutelle légitime et non point à la tutelle dative.

L'article 396 C. Civ. décide que : lorsque le conseil de famille, dûment convoqué, conservera la tutelle à la mère, il lui donnera nécessairement pour co-tuteur le second mari. C'est une exception au principe de l'unité de la tutelle dans notre droit.

C'était dit Loaré (tome 6, p. 59), le seul moyen de concilier la gestion de la tutelle avec les dispositions qui veulent que la femme ne puisse agir que sous l'autorisation du mari. On peut ajouter que le législateur a prévu que ce serait le nouveau mari qui gérerait la tutelle, il fallait donc qu'il eût en droit le rôle qu'il tiendrait en fait.

Dans l'esprit du législateur la co-tutelle du mari est liée d'une manière absolue à celle de la mère. On en tire les conséquences suivantes :
1° Le silence que le conseil de famille aurait pu garder sur la nomination du mari n'aurait pas pour effet de l'empêcher d'être co-tuteur, cette omission se réparerait pour ainsi dire d'elle-même.

2° Si pour quelque raison le nouveau mari ne pouvait plus être tuteur la mère ne serait plus tutrice. Ainsi, si le mari est excusé, exclu, destitué, sa femme perdra également la tutelle (1). Nous pensons qu'il faut cependant admettre une exception à cette règle au cas où le mari viendrait à être interdit judiciairement. Il est bien certain en effet que ce sera la mère qui gérera la tutelle, partant il ne nous semble plus nécessaire de lier le sort des deux tutelles.

1. En sens inverse il est bien certain que si la tutelle de la mère prenait fin, la co-tutelle du mari s'éteindrait aussi.

La loi qualifie le mari de co-tuteur, ses pouvoirs sont donc ceux d'un véritable tuteur, ils sont égaux à ceux de la mère. Cette remarque nous guidera pour trancher la question de savoir qui de la mère et du mari gère la tutelle.

Premier système. — Certains auteurs distinguent selon que les époux sont mariés sous tel ou tel régime. La gestion, dit-on, appartiendra au mari si le régime matrimonial est un régime de communauté; à la femme si c'est le régime de réparation de biens que les époux ont adopté.

On ne fait toutefois cette distinction que pour les actes de pure administration, pour les autres on décide dans ce système que le mari et la femme doivent agir conjointement.

Il est aisé de repousser ce système en faisant remarquer qu'il est arbitraire, la loi ne faisant point toutes ces distinctions.

Deuxième système. — Le second mari, a-t-on dit, administrera seul sans le concours de sa femme dont il exerce les actions (1).

On peut objecter à ce système qu'il est inadmissible que la mère qui, remarquons-le, continue à être responsable, ne puisse participer à l'adminis-

1. Magnin, *De la tutelle*, t. 1, n. 458.

2. Chardon, *Puissance paternelle*, n. 21 et 22. — Frémerville, t. 1, n. 171.

tration des biens de ses enfants. Si le conseil de famille la maintient dans la tutelle ce n'est pas afin qu'elle assiste en simple spectatrice aux actes de gestion de son mari.

Troisième système. — La femme administre seule avec l'autorisation de son mari. Ce système a été consacré par la Cour de Bruxelles, il est contraire à la lettre et à l'esprit du Code. Le mari est co-tuteur, il a le droit de gérer.

Quatrième système. — Les deux époux doivent gérer ensemble et signer tous deux aux actes. Si l'un d'eux signe seul il devra s'être muni de la procuration de son conjoint. Si un conflit venait à s'élever entre les deux conjoints le conseil de famille serait appelé à le trancher.

Ce système a rallié la majorité des auteurs (1).

Le conseil de famille qui maintient la tutelle à la mère peut-il modifier ses pouvoirs ?

Cette question controversée se rattache à celle plus générale de savoir si le conseil de famille pourrait imposer arbitrairement au tuteur qu'il choisit telles conditions qu'il voudrait.

Il est tout d'abord un point admis par les auteurs et la jurisprudence : le conseil de famille ne pourrait augmenter les pouvoirs du tuteur ni

1. Demolombe, t. 7, n. 136. — Aubry et Rau, 4^e édit., § 99 bis texte, n. 3 et note 39.

supprimer aucune des restrictions imaginées par la loi dans l'intérêt des incapables. Ces garanties sont d'ordre public, aucune dérogation ne saurait y être apportée.

Mais l'accord cesse sur le point de savoir si le conseil ne pourrait pas restreindre les pouvoirs du tuteur et dans le cas qui nous occupe : les pouvoirs de la mère à qui le conseil conserve la tutelle. Nous croyons que le conseil n'a pas ce pouvoir, il peut, dira-t-on, enlever la tutelle à la mère, pourquoi ne pourrait-il la lui laisser sous condition qui peut le plus peut le moins. A cet argument nous répondrons que le partage des pouvoirs a été fait par la loi entre le tuteur et le conseil, au mieux, du moins le législateur l'a pensé, des intérêts des mineurs. Il n'appartient pas au conseil de corriger l'œuvre du législateur (1).

Cette solution est repoussée par la jurisprudence, les tribunaux décident généralement que les règles de la tutelle ne sont d'ordre public que dans l'intérêt des mineurs, ou bien encore distinguent entre les règles constitutives de la tutelle qui seraient d'ordre public et les règles secondaires se rattachant à l'administration que le conseil pourrait modifier. Une telle distinction manque de base légale.

1. Laurent, t. 4. C. civ. n. 386.

Repoussant cette jurisprudence (1) nous ajoutons que si la mère avait consenti à la restriction de ses pouvoirs elle ne pourrait être légalement tenue de subir ces restrictions. Le consentement de la mère ne peut valider des dérogations à des dispositions d'ordre public.

Nous avons dit que la mère déchuë pour défaut de convocation du conseil de famille pouvait être choisie comme tutrice par ce même conseil mais qu'alors elle était tutrice dative. Or, l'article 454 Code civil décide : Lors de l'entrée en exercice de toute tutelle, *autre que celle des pères ou mères*, le conseil de famille réglera par aperçu et selon l'importance des biens régis la somme à laquelle pourra s'élever la dépense annuelle du mineur etc.

La mère alors qu'elle est, non point tutrice (1) légale, mais tutrice dative, peut-elle jouir de l'exception portée par l'article 454 au profit de la tutelle des père et mère? Non, disent certains auteurs, la loi en établissant cette exception n'a eu en vue que la mère tutrice légale; il serait bizarre que le conseil qui peut retirer la tutelle à la mère ne pût la lui conserver en la soumettant

1. Rouen, 8 août 1827 ; Sirey, 30, 2, 84. — Agen, 14 déc. 1830 ; Sirey, 31, 2, 191. — *Contra* Grenoble, 28 juillet 1832 ; S. 33, 2, 76 et Caen, 1845 ; Sirey, 46, 2, 621.

2. Aubry et Rau, t. 1, § 99 bis, note 36. Laurent, t. 4, p. 386.

aux conditions imposées aux tuteurs ordinaires.

On peut répondre à cette argumentation que l'article 454, ne faisant aucune distinction entre le cas où la mère serait tutrice légale et celui où elle serait tutrice dative, doit s'appliquer dans tous les cas. De plus la mère même non tutrice conserve la puissance paternelle qui doit échapper au contrôle du conseil de famille, or, si le conseil pouvait régler les dépenses du mineur, il exercerait par là un contrôle sur l'éducation des enfants, alors que le parent survivant doit en rester seul maître.

La jurisprudence applique à la mère tutrice dative les articles relatifs à la tutelle dative, c'est-à-dire les articles 454, 455, 456 et 470.

Nous savons que l'article 391, Code civil, permet au père de nommer un conseil à sa veuve tutrice, conseil qu'elle doit consulter dans des cas déterminés. Si la mère est maintenue dans la tutelle par le conseil de famille, la personne désignée par le premier mari continue-t-elle ses fonctions? La raison de douter est que désormais la mère tutrice n'est plus seule, on n'a plus à redouter son inaptitude aux affaires puisque son second mari co-tuteur est là pour la guider. Nous pensons cependant qu'il faut répondre affirmativement à la question ci-dessus. En effet, la loi ne distingue

pas et ne dit nulle part, que dans le cas où la veuve tutrice se remarie, le conseil cessera ses fonctions. Cette décision, que nous adoptons en l'absence d'un texte contraire, n'est peut-être pas très satisfaisante en législation, car elle peut être la source de conflits entre le mari co-tuteur et le conseil.

B. — Le conseil de famille convoqué a enlevé la tutelle à la mère et a nommé un autre tuteur.

Doit-il motiver sa décision ; cette décision est-elle susceptible d'appel ?

L'article 447 décide que : toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur sera motivée ; faut-il étendre cette règle à la décision qui enleva la tutelle à la mère ? — Nous adoptons la négative, l'article 447 ne vise que le cas de destitution ou d'exclusion ; or, la mère se voit simplement enlever la tutelle ; elle n'est ni destituée, ni exclue, ce qui le prouve c'est que plus tard, après la mort de son deuxième mari, la mère pourra, et tous les auteurs admettent cette solution, être nommée tutrice de ses enfants que nous supposons encore mineurs ; or, si la mère avait été destituée ou exclue elle ne pourrait être nommée tutrice aux termes de l'article 445 Code civil. L'article 447 n'est qu'une disposition spéciale, qui, comme telle, doit être restreinte aux

délibérations qu'elle vise expressément, aucun texte n'oblige le conseil à motiver sa décision dans le cas qui nous occupe.

C'est la solution admise par un arrêt de la Cour suprême du 17 novembre 1843 (1). Un arrêt plus récent ne s'est point conformé à cette jurisprudence (Montpellier, 1883. — Pand. fr., t. 5, 2, 205).

La question de savoir si la décision du conseil de famille est susceptible d'appel soulève une vive controverse en doctrine et en jurisprudence.

La controverse réside dans l'interprétation de l'article 883 du Code de procédure civile ainsi conçu. « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès verbal. Les tuteur, subrogé-tuteur ou curateur, même les membres de l'assemblée, pourront se pourvoir contre la délibération, ils formeront leur demande contre les membres qui auront été d'avis de la délibération sans qu'il soit nécessaire d'appeler en conciliation. »

Les partisans du système qui admet le recours se fondent sur la généralité des termes de l'article

1. Dalloz alph., 12, 722.

883 : toutes les fois que, etc. Ils ajoutent des considérations tirées de ce que ce recours est sans danger et de l'intérêt supérieur du mineur.

Pour repousser le recours aux Tribunaux on fait remarquer que l'article 883 C. Pr. est placé dans le titre X du Code de procédure intitulé : *des avis des parents*, et que dans les articles qui suivent le législateur se préoccupe exclusivement de l'administration des biens.

Lorsqu'il s'agit d'une telle délibération les tribunaux peuvent la réformer et décider eux-mêmes ce qui devra être fait dans l'intérêt du mineur. Or, pour les délibérations dont nous nous occupons, personne, même ceux qui admettent le recours, ne soutient qu'en réformant la délibération du conseil, les tribunaux pourront nommer le tuteur. Il faut donc distinguer entre les délibérations relatives aux biens et les autres, en ce qui concerne les pouvoirs des tribunaux, il faut distinguer également en ce qui concerne la possibilité d'un recours (1).

1. N'ont pas admis le recours : Grenoble, 18 janvier 1854. — Sirey, 55, 2, 737. — Montpellier, 13 juin 1866 ; Sirey, 67, 2, 114. — Angers, 11 nov. 1875. — Pandectes fr. 5, 2, 205.

Ont admis le recours : Agen, 24 déc. 1860. — Sirey, 61, 2, 182. — Arbois, 4 juillet 1868. — Sirey, 69, 2, 88 — Rouen, 25 nov. 1868. — Sirey, 69, 2, 48. — Montpellier, 14 mai 1883. — Pand. fr. tome 5, 2, 205.

L'un des auteurs partisans du recours, M. Laurent, dit encore : ne serait-ce pas un vrai déni de justice, si une mère frappée dans ses plus chères affections, blessée dans son honneur, ne pouvait faire appel à une juridiction plus éclairée et plus désintéressée. Il nous semble que c'est aller un peu loin, en quoi la délibération du conseil qui enlève la tutelle à la mère la blesse-t-elle dans son honneur. Ce n'est peut-être pas par méfiance pour elle mais parce que son second mari n'a pas la confiance du conseil de famille. Dans ses affections ! non plus, on n'enlève pas à cette mère la garde de son enfant, on lui enlève la tutelle c'est-à-dire la gestion de la fortune de son enfant. Au reste ce sont-là des raisons de sentiment dont le législateur pourrait tenir compte mais dont l'interprète ne peut se préoccuper.

Est-il besoin au surplus d'attirer l'attention sur les inconvénients fort graves qui pourraient résulter de l'adoption du système que nous combattons. Le conseil de famille a, supposons-le, enlevé la tutelle à la mère et nommé Primus tuteur. La mère forme un recours devant les tribunaux. Ceux-ci admettent la possibilité du recours, déclarent qu'aucun motif ne justifie l'exclusion de la mère et annulent la délibération du conseil qui a nommé Primus. Ils ne peuvent, nous le savons, pourvoir

eux-mêmes à la tutelle et doivent pour cela renvoyer devant le conseil de famille (Cassation, 27 nov. 1816) (1). Le conseil de famille délibère et enlevant la tutelle à la mère nomme Primus tuteur recours de la mère. Si le tribunal d'une part, et le conseil de l'autre, ne veulent céder, on tombe dans une situation presque inextricable, à coup sûr préjudiciable aux intérêts du mineur (2).

Si la doctrine est divisée sur cette question la jurisprudence ne l'est pas moins. Les arrêts de Cour d'appel ont adopté tour à tour l'un et l'autre système. Bien plus, des décisions contradictoires émanent de la même cour (Montpellier, 13 juin 1866 et 14 mai 1883).

Un arrêt rendu le 16 février 1812 (Sirey, 12, 2, 389), statuant incidemment sur la question, disait que l'article 883 Code Pr., qui veut que l'avis des membres du conseil soit mentionné au procès verbal, n'est applicable qu'aux délibérations sur les intérêts du mineur.

Deux autres arrêts (Sirey, 1815, 2, 215 et Sirey, 55, 2, 737), statuaient dans le même sens. Attendu, disait ce dernier arrêt rendu par la Cour de Gre-

1. Ajouter : Orléans, 1817.

2. Voir sur toute cette controverse deux consultations rapportées au Sirey, 1815, 2, 214 et suiv.

noble, que des termes comme de l'esprit de l'article 395 il ressort que c'est au conseil seul, etc.

Tous ces arrêts étaient assez faiblement motivés, des décisions en sens contraire furent rendues en 1857, 1860, 1861, 1868, en particulier l'arrêt d'Agen (14 décembre 1860), semble bien dire qu'il faut reconnaître à la mère le droit d'en appeler de la décision du conseil de famille *alors même que la délibération du conseil serait rendue à l'unanimité* : il importe, dit l'arrêt, que les tribunaux, juridiction plus éclairée qu'un conseil de famille, aient un droit de contrôle et le dernier mot, que si le législateur a voulu qu'on *interrogât* le conseil, etc. Peu d'arrêts sont allés aussi loin dans cette voie ; le conseil est « *interrogé* » il ne donne qu'un *avis* dont le tribunal peut ne tenir aucun compte. Nous voici loin des termes de l'article 395 : le conseil *décidera*, etc.

Un arrêt de Montpellier(1) repoussant le recours fit justice des exagérations de l'arrêt d'Agen : « Attendu, dit la Cour, que l'article 405 C. civ. attribue au conseil la nomination du tuteur... que dans son sens légal autant que dans l'acceptation vulgaire *le droit de nomination ne peut s'entendre que de l'attribution d'un pouvoir pro-*

1. 13 juin 1866.

pre et souverain... échappant dès lors à tout contrôle ; qu'il en était autrement, il est vrai, sous l'empire de l'ancienne législation, qui ne faisait intervenir les parents que pour émettre un avis auquel le juge pouvait donner ou refuser son approbation, mais que le code enjoint au conseil de juger lui-même... »

Cet arrêt n'empêcha pas le désaccord de subsister. Un jugement du tribunal d'Arbois et un arrêt de la cour de Rouen rendus en 1868 admirent le recours. L'opinion contraire triompha devant la Cour d'Angers le 11 novembre 1875. Attendu, dit cet arrêt, que... de l'article 395 C. civ., il ressort clairement que c'est au conseil seul que sont attribués le pouvoir et le droit de décider si la tutelle légale doit être conservée à la mère qui se remarie, qu'en effet lorsque le législateur a voulu soumettre la délibération du conseil de famille au contrôle du tribunal civil il a eu soin d'établir les règles de cette voie de recours et d'obliger le conseil à motiver sa décision ; qu'il a notamment agi ainsi pour les destitutions de tuteurs dans les articles 446 et 448 C. civ... Attendu que l'article 396 en déclarant que le deuxième mari doit être nécessairement donné comme co-tuteur à sa femme maintenue dans la tutelle, démontre évidemment que le conseil est seul juge

de ce maintien ; que décider autrement, ce serait, en effet, conférer au tribunal un droit que tous les textes et tous les principes lui refusent, celui de nommer, de sa propre autorité, à des mineurs, un tuteur non agréé par la famille... »

Il était permis d'espérer que la question était définitivement tranchée, il n'en a rien été. Par un arrêt en date du 14 mai 1883 (1), la Cour de Montpellier, qui, en 1866, avait repoussé tout recours contre la délibération du conseil, admit la solution contraire.

Cet arrêt commence par déclarer que « le refus du conseil de maintenir la tutelle à la mère constitue une véritable exclusion » question très controversée, nous le savons, et que la Cour suprême a tranché en sens contraire de l'arrêt que nous examinons. C'est une véritable exclusion qui, dit la Cour de Montpellier, justifie l'application des articles 447 et 448 C. civ... aux termes desquels une pareille mesure doit être soumise à l'homologation du tribunal de première instance *sauf l'appel* !

L'arrêt ne parle pas de l'argument tiré de l'article 883 C. Pr., argument qui tient une place prépondérante dans les arrêts antérieurs.

1. Pandectes fr., tome 5, 2, 205 en sous note de l'arrêt d'Angers.

La Cour suprême n'a jamais eu à se prononcer sur la question, il serait désirable au point de vue de la pratique que la question lui soit portée. En quel sens statuera la Cour de Cassation, nul ne peut le dire, cependant nous devons remarquer que la Cour de Cassation, dans un arrêt déjà ancien, il est vrai, celui de 1816, a décidé que la délibération du conseil n'avait point besoin d'être motivée, n'en peut-on point conclure, que s'il en est ainsi, c'est parce que les tribunaux n'ont point à connaître des motifs qui ont dicté la solution prise par le conseil de famille, partant qu'ils n'ont point à réformer sa décision (1).

L'article 395 Code civil doit-il être appliqué au cas où une femme ayant un enfant naturel se marie avec un autre que le père de l'enfant ? La question est controversée. Les partisans de la négative disent que les articles 395 et 396 visent seulement la mère « remariée » ; or, ici il n'y a pas eu un

1. Nous avons toujours supposé, dans l'examen de la question qui précède, que la délibération du Conseil serait régulière, qu'il respecterait la loi. Si le conseil retirant la tutelle à la mère, nommait un incapable, il est bien certain que la délibération pourrait être attaquée. En effet l'incapacité prononcée par l'article 442 C. civ., n'aurait pas de sanction, s'il n'était pas permis de recourir aux tribunaux pour faire annuler les délibérations, qui choisissent pour tuteur un individu que la loi défend de nommer. Comme le dit un arrêt : l'action en nullité formée contre les délibérations du conseil est recevable, l'action en réformation ne l'est pas.

mariage antérieur à celui que la femme va contracter. L'enfant naturel n'est pas un enfant du premier lit au sens que la loi donne à cette expression. Nous croyons que ce système est le plus juridique. Le Code s'est peu soucié des enfants naturels.

L'autre système, qui en législation serait le meilleur, ne fait aucune difficulté pour étendre à l'enfant naturel le bénéfice de l'article 395. C'est la solution adoptée par la jurisprudence (1), le dernier arrêt sur la question est un arrêt de la Cour de Caen (Sirey, 60, 2, 610).

« Si, dit cet arrêt, la mère d'un enfant naturel est sa tutrice légale (2), ce ne peut être qu'aux mêmes charges et conditions que la mère légitime. Ainsi la mère qui ayant un enfant naturel mineur se marie avec un autre que le père de son enfant, sans avoir fait décider par le conseil de famille si elle doit conserver la tutelle, perd la tutelle de plein droit. » Le même arrêt décide que les sanctions de l'inobservation de l'article 395 atteignent le mari lorsqu'il a connu avant le mariage l'existence de l'enfant naturel.

Effets produits par la dissolution du second

1. Cassation, 31 août 1845.

2. Question controversée, affirm. Alger, mars 1875. Pandect. fr., t. 5, 2, 177 ; Négat. Seine et Paris, 1882.

mariage de la mère remariée. — La dissolution du second mariage met fin à l'influence du second époux que la loi a redoutée pour les enfants du premier lit. Aura-t-elle pour effet de faire recouvrer la tutelle à la mère ? Nous devons remarquer tout d'abord, qu'au cas où la mère serait tutrice lors de la dissolution du mariage, elle conserverait la tutelle. L'hypothèse que nous examinons est autre : la mère n'est pas tutrice, lors de la dissolution du mariage. Si elle a, antérieurement à son convol, refusé la tutelle de ses enfants, ou s'est fait excuser, la dissolution du mariage ne peut évidemment avoir aucune influence ; elle n'est plus tutrice, le tuteur en exercice conserve ses fonctions, s'il meurt, la mère peut être nommée tutrice. *Quid* si la mère n'est pas tutrice parce qu'elle n'a pas lors de son convol été maintenue par le conseil de famille ! Nous ne croyons pas qu'elle recouvre de plein droit la tutelle ; s'il y a un tuteur en exercice, le changement de tuteur serait préjudiciable le plus souvent aux intérêts du mineur.

S'il n'y a pas de tuteur ou s'il vient à mourir, la question de savoir si la mère recouvre la tutelle est plus délicate. Nous penchons pour l'affirmative. Le Code n'a soumis la conservation de la tutelle à la mère à l'approbation du conseil que

parce que la loi a craint l'influence du second mari, et parce qu'on a prévu que ce serait lui qui en fait gérerait la tutelle. Ce danger n'est plus à craindre (1).

Effets de la séparation de corps. — Si nous supposons que la mère est tutrice et son second mari co-tuteur, puis qu'une séparation de corps intervienne, qu'elle est l'influence de cette décision sur la tutelle ?

En l'absence de textes la question peut faire difficulté.

On peut admettre, dit une première opinion, que le conseil de famille pourra en ce cas destituer l'époux contre lequel la séparation de corps aura été prononcée et par cela même l'autre époux se trouvera dans l'impossibilité de continuer à exercer la tutelle. En effet, si c'est contre le mari que cette déchéance a été prononcée, la femme ne pourrait continuer cette gestion puisque l'article 596 dispose qu'elle doit *nécessairement* avoir son second mari pour co-tuteur. Si c'est au contraire contre elle-même que la séparation de corps a été prononcée et par suite la déchéance il n'y a plus de tutelle partant plus de co-tutelle du mari. Ce

1. L'article 406 du code Hollandais admet la réintégration de plein droit dans la tutelle.

serait donc au conseil de famille qu'il appartiendrait de nommer un tuteur.

Nous repoussons ce système, il se peut en effet que le conseil de famille ne veuille pas prononcer de destitution, il se peut qu'il ne le puisse pas car on ne peut dire que tous les faits qui motivent la séparation rentrent sans exception dans les cas d'inconduite notoire.

Un autre système a été proposé par MM. Demante et Colmet (1). Ces auteurs décident que la séparation de corps qui rend véritablement impossible l'action en commun du co-tuteur et de la tutrice doit nécessairement faire cesser la co-tutelle du mari sans porter atteinte à la tutelle de la mère. Dans cette hypothèse, en effet, ou la vie commune n'existe plus, la mère remariée ne se trouve-t-elle pas vis-à-vis de son mari dans une situation assez indépendante pour pouvoir exercer la tutelle de ses propres enfants (2) ?

Cette solution est très raisonnable, elle nous paraît difficilement admissible en présence des termes de l'article 396 qui dispose que la mère doit *nécessairement* avoir son second mari pour co-tuteur ; le mariage n'est point dissous par la séparation de corps.

1. Code civil, t. 2, p. 183.

2. Si cette solution était admise la femme séparée n'aurait même plus besoin d'obtenir l'autorisation de son mari.

Nous proposons la solution suivante. Au cas où le conseil de famille ne veut ou ne peut prononcer la déchéance pour inconduite notoire, la séparation de corps ne change rien à l'état antérieur : la mère reste tutrice, le mari co-tuteur. S'il y a conflit entre la mère et son second mari le conseil de famille sera appelé à trancher la difficulté.

§ 2. *Influence du convol de la mère sur le droit qui lui appartient de désigner un tuteur testamentaire.* — La tutelle testamentaire est un privilège accordé par la loi au dernier mourant des père et mère, et qui permet au survivant, de pourvoir les enfants mineurs, qu'il laissera à son décès, d'un tuteur de son choix. Si la mère survivante se remarie, son droit de désigner à ses enfants du premier mariage un tuteur testamentaire est limité. L'article 399 C. civ., visant le cas où la mère remariée n'a pas été maintenue dans la tutelle, dit qu'elle ne peut choisir un tuteur testamentaire. Il faudrait décider de même pour la mère qui a perdu la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille. L'inobservation de la loi ne saurait devoir lui profiter.

Si la mère remariée a été maintenue dans la tutelle, son choix ne sera valable qu'autant qu'il sera confirmé par le conseil de famille. Il importait que le conseil pût neutraliser l'influence du

second mari, qui aurait pu déterminer sa femme à le choisir comme tuteur testamentaire (1) (art. 400. C. civ.).

La décision du conseil qui confirme ou infirme le choix fait par la mère n'est pas susceptible de recours. La loi ici encore confère au conseil une sorte de magistrature domestique qu'il doit pouvoir exercer souverainement.

Quelques auteurs ont prétendu que la condition faite à la mère maintenue dans la tutelle n'était pas meilleure que celle faite à la mère à qui on a enlevé la tutelle puisque l'article 400. C. civ. permet au conseil de rendre inefficace le choix de la mère. Cette assertion est inexacte, car alors même que le choix fait par la mère ne serait pas confirmé, cette désignation aura pour effet d'empêcher l'ouverture de la tutelle légitime des ascendants. De plus le choix qu'a fait la mère est une indication pour le conseil de famille et celui-ci confirmera la désignation qu'elle a faite si le tuteur choisi présente les qualités requises.

Si nous supposons que la mère a refusé la tutelle de ses enfants, puis s'est remariée, conserve-t-elle le droit de nommer un tuteur testamentaire !

1. Observations du Tribunat, n. 8 (Locré, t. III, p. 405) et séance du conseil d'État du 22 vendémiaire an VI, n. 19 (Locré, t. III, p. 387).

Remarquons tout d'abord qu'elle ne peut avoir plus de droits que la mère remariée maintenue dans la tutelle, cette dernière a en effet la confiance de la famille. La question qui se pose peut donc être ainsi formulée : doit-on appliquer à la mère qui, n'étant pas tutrice, se remarie, l'article 400 Code civil ou l'article 399, le premier permettant à la mère tutrice de désigner un tuteur testamentaire sauf le droit de confirmation du conseil de famille ; le second enlevant ce droit à la mère non maintenue dans la tutelle.

Ici on ne peut dire, la mère n'étant plus tutrice quand elle s'est remariée, qu'elle n'a pas été maintenue par le conseil de famille. L'article 399 édicte une échéance, il ne faut point l'étendre hors du cas expressément prévu.

La nomination d'un tuteur testamentaire faite par la mère redevenue veuve ou divorcée aurait-elle encore besoin d'être confirmée par le conseil de famille ?

Oui, dit une première opinion. La mère a perdu le droit de désigner définitivement un tuteur testamentaire par cela seul qu'elle s'est remariée. Elle n'a plus la même affection pour ses enfants, la loi n'a plus en elle la même confiance. Nous pensons que la confirmation du conseil de famille n'est pas nécessaire. En effet si la loi a exigé dans

l'article 400 Code civil la confirmation du conseil de famille, c'est pour faire contrepoids à l'ascendant que le second mari peut avoir sur sa femme, c'est afin d'éviter que cette dernière, cédant aux instances de son nouveau conjoint, ne le désigne comme tuteur testamentaire. Ce danger n'est plus à craindre au cas où le mari est mort ou au cas où les deux époux sont divorcés.

APPENDICE.

Le second mariage de la mère non maintenue dans la tutelle, a-t-il quelque effet sur l'obligation pour l'enfant du premier lit d'obtenir son consentement pour contracter mariage.

Quelques auteurs l'ont prétendu. La mère non tutrice, ont-ils dit, ne peut autoriser la disposition de l'objet le plus modique appartenant à l'enfant, comment admettre que, en consentant au mariage de son enfant mineur, celui-ci soit capable de faire toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible (art. 1398). Il faut repousser ce système pour deux motifs. La mère, quoique n'étant plus tutrice, conserve la puissance paternelle par tant le droit de consentir au mariage.

1. Delvincourt, I, 55.

De plus l'article 149 Code civil nous dit que si l'un des parents est mort, le consentement de l'autre suffit, peu importe donc que la mère soit restée veuve ou ait convolé. Elle aura dans un cas comme dans l'autre le droit de consentir au mariage.

DEUXIÈME PARTIE

PROTECTION DES DROITS HÉRÉDITAIRES DES ENFANTS DU PREMIER LIT.

SOMMAIRE.

Nous examinerons successivement les points suivants :

Etendue d'application de l'article 1098.

Mesure de la quotité disponible fixée par l'article 1098.

De la donation d'une part d'enfant, détermination de cette part.

Réduction des dispositions excessives.

Combinaison de la quotité disponible de l'article 1098 avec la quotité ordinaire.

Des libéralités déguisées ou faites à personnes interposées.

Dans les articles précédents relatifs à la protection de la personne et des biens des enfants du premier lit, nous avons vu, que le plus souvent, le

législateur a fait une condition inégale au conjoint remarié, selon que c'était le père ou la mère. Dans les dispositions, dont nous abordons maintenant l'étude, dispositions relatives à la protection des droits héréditaires des enfants, le Code suivant ici les précédents, traite de la même manière le père et la mère.

De droit commun, la loi a assigné des limites étendues à la faculté de disposer, à titre gratuit, entre époux. Le législateur a senti la nécessité de restreindre ces limites, pour le cas où le survivant des deux époux, ayant des enfants de son premier mariage, contracte une nouvelle union. Il était à craindre, en effet, que cédant à l'influence du second conjoint, l'époux remarié ne fût trop porté à lui faire des donations considérables ou à le gratifier de legs importants, au détriment des enfants du premier lit.

Nous connaissons les précédents, voyons en quoi l'œuvre du législateur du Code civil s'en écarte.

Quel est aujourd'hui le disponible entre époux ayant des enfants d'un premier lit. L'article 1098 répond à cette question. « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second au subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légi-

time le moins prenant, et sans que dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. »

Nous le voyons, des deux chefs de l'Edit des secondes nocés, l'article 1098 Code civil ne reproduit que le premier. Quel en est le motif ? L'article 176 du projet de Code civil (ancien art. 156 du projet Jacqueminot) avait reproduit dans leur substance chacun des chefs de l'Edit. Il portait : L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et *en usufruit seulement*. Il ne pourra disposer, à titre gratuit ni onéreux, des immeubles qu'il a recueillis à titre de don de son époux ou de ses époux prédécédés, tant que les enfants issus des mariages desquels sont provenus ces dons existent (Locré, t. 9, p. 270).

On peut remarquer en comparant cette rédaction première avec le texte de l'article 1098 que la seconde partie de l'article 176 du projet : il ne pourra disposer, etc., a été supprimée. C'est qu'en effet, cette disposition impliquait une recherche de l'origine des biens, contraire au principe du droit nouveau (art. 732 C. civ.).

Elle aurait de plus créé entre les enfants du

premier lit et les autres des inégalités peu justifiables.

L'article 1098 crée non une incapacité personnelle de disposer, mais une règle d'indisponibilité réelle. Un système aujourd'hui abandonné soutenait qu'il s'agissait d'une incapacité personnelle au nouvel époux (1), on tirait argument dans ce système des mots : il ne pourra donner (2). On a répondu depuis longtemps qu'il était puérile de s'attacher aux expressions employées par le législateur, en effet, cet article 1098 a voulu comme les dispositions dont il s'est inspiré, prémunir les enfants du premier lit, contre les dangers qui résultent pour eux du second mariage, en resserrant dans des limites, plus étroites que celles du droit commun, la qualité disponible à l'égard du nouveau conjoint (3).

Etendue d'application de l'article 1098. — Il faut d'abord pour que l'article 1098 s'applique que le conjoint remarié laisse à son décès des enfants d'un autre lit, c'est-à-dire nés d'un mariage

1. Coin Delisle, art. 1098, n. 2.

2. Les articles 913 et 915, C. civ. emploient la même formule.

3. Conséquences : 1° La libéralité sera simplement réductible à la quotité disponible et non pas nulle ; 2° la quotité disponible sera calculée sur la fortune que le disposant laissera à son décès ; 3° les étrangers devront s'y conformer pour les biens qu'ils possèdent en France, les français n'y seront pas soumis pour les biens qu'ils possèdent en pays étrangers.

antérieur. L'article 1098 semble à première vue devoir s'appliquer par cela seul qu'au moment du second mariage, il y a des enfants d'une précédente union, il parle en effet de l'homme ou la femme qui : ayant des enfants, etc... contracte un second mariage, cependant on convient que l'article 1098, établissant une véritable réserve spéciale, ne peut s'appliquer que si à la mort du conjoint remarié il existe des réservataires, qui dans l'espèce sont les enfants du premier lit. Cette solution était adoptée déjà dans notre ancien droit.

Nous devons encore faire quelques remarques sur la rédaction de l'article 1098. Cet article parle du conjoint ayant des enfants. L'existence d'un seul enfant suffirait pour faire appliquer l'article 1098 ; l'édit, nous l'avons vu, employait la même formule et les auteurs donnaient déjà cette solution. Le législateur du Code n'a point innové. Ici comme dans les articles 960 et 1094 il a employé le singulier pour le pluriel.

L'article 1098 parle d'enfants. Nous appliquerons ici l'article 914 Code civil, d'après lequel, sont compris sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit ; nous étendrons donc l'article 1098 aux petits enfants (1).

1. Mais ils ne peuvent compter que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession.

L'Edit de 1560, nous l'avons vu, en faisait mention : ou enfants de leurs enfants, disait-il. Pothier nous apprend que la coutume d'Orléans avait retranché ces mots comme superflus. Le législateur du Code civil n'a point voulu encourir le même reproche, ce point ne soulève pas de difficultés. L'expression : enfants d'un autre lit comprend les enfants légitimes, les enfants légitimés, car la légitimation a pour conséquence de faire considérer l'enfant qui en est l'objet comme issu du mariage par lequel elle s'est opérée, cette expression comprend-elle aussi les enfants nés d'un mariage déclaré nul, les enfants adoptifs, les enfants naturels ?

Nous pensons que l'article 1098 est applicable à l'enfant né d'un mariage déclaré nul, si toutefois ce mariage était putatif pour l'un des deux conjoints car alors l'enfant doit être traité comme si le mariage était pleinement valable.

L'enfant adopté avant le mariage de l'adoptant peut-il invoquer le bénéfice de l'article 1098 ? Cet article parle : d'enfants d'un premier lit, aussi dans un premier système (1), on soutient que l'adopté n'a pas droit à la réserve spéciale qu'il édicte ; parce que l'adopté n'est pas né d'un mariage antérieur de l'adoptant.

1. Aubry et Rau, § 561, note 21.

A cet argument tiré de la lettre de la loi on a répondu que le législateur a parlé dans l'article 1098 du cas le plus général c'est-à-dire du cas où les enfants du conjoint remarié seraient nés de lui, l'adoption en effet se présente rarement. On ajoute que l'article 350 accorde à l'adopté sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'aurait l'enfant né en mariage ; or, l'article 1098 établissant simplement une réserve spéciale doit s'appliquer à l'adopté. Ayant une fois pour toutes assimilé l'enfant adoptif à l'enfant du sang, il a pu sembler inutile au législateur de reproduire cette assimilation chaque fois qu'il serait question des enfants du sang (1). Remarquons enfin que l'article 913 Code civil parle aussi de : *descendants* et que personne ne refuse d'étendre les dispositions qu'il contient aux enfants adoptifs (2). Nous dirons donc : l'enfant adoptif a droit à la même protection que l'enfant légitime à l'effet de faire réduire à la quotité déterminée par l'article 1098 les libéralités que l'adoptant a faites à son conjoint.

Un jugement du tribunal de Gap (3) a décidé

1. Demolombe, t. 6, n. 163. — Delvincourt, I, p. 259. — Taulier t. 1, p. 254.

2. Et encore l'article 746, C. civ.

3. *Journal le Droit*, 22 août 1876 et la note.

en sens contraire. Il reconnaît que « l'art. 350 C. civ. donne à l'enfant adoptif les droits d'un *enfant légitime*; mais, dit-il, il ne lui donne nullement les droits d'un *enfant du premier lit*. » L'article 350 ne parle pas d'enfant légitime mais d'*enfant : né en mariage*. C'est une pure subtilité que cette distinction que le jugement veut établir entre l'enfant légitime et l'enfant du premier lit. Cette distinction manque de base légale.

La question s'est posée rarement devant les tribunaux. Il existe cependant un arrêt de la Cour de Cassation en date du 26 avril 1808 qui pose en substance : que la loi ayant accordé aux enfants adoptifs tous les droits de successibilité qui appartiennent à un enfant légitime, l'effet de cette assimilation a dû être d'étendre aux enfants adoptifs le droit de faire réduire les libéralités faites par l'adoptant à son conjoint. »

Bien que cet arrêt s'applique à la succession d'une mère adoptive décédée sous l'empire de la loi du 17 nivôse, an II, il ne cesse pas néanmoins de pouvoir être invoqué depuis la promulgation du Code civil. L'article 13 de la loi de nivôse, limitait en effet la faculté de disposer entre époux s'il y avait des enfants d'un précédent mariage (1).

1. Ou même de leur union.

Ces derniers mots ont la même portée que ceux de l'article 1098 : enfants d'un autre lit.

L'article 1098 ne doit point pouvoir être invoqué par l'enfant naturel, dont la mère se marie avec un autre que le père de l'enfant. En effet, la loi n'a voulu protéger que les enfants légitimes, elle suivait en cela les précédents. Cette lacune ne doit pas nous surprendre, étant donnés les sentiments des rédacteurs du Code à l'égard des enfants naturels. Elle est regrettable, car c'est surtout en pareil cas que la femme désireuse de sortir d'une situation équivoque, sera disposée à faire pour assurer son mariage des libéralités excessives au nouvel époux.

La jurisprudence qui, cependant applique l'article 395 aux enfants naturels, leur refuse très justement le droit d'invoquer l'article 1098.

Du disponible de l'article 1098. L'article 1098 restreint le disponible à une part d'enfant, qui ne peut dépasser le quart des biens. Cette dernière disposition est de droit nouveau. On ne la trouve ni en droit romain, ni dans l'Édit des secondes noces, ni même dans le projet du Code civil. Elle fut introduite sur la proposition de M. Berlier ainsi que le rapporte Fenet (t. 12, p. 417) : « M. Berlier observe qu'en accordant au nouvel époux la faculté de recevoir une part d'en-

fant, il est peut-être convenable de modifier cette règle; car, s'il n'y avait qu'un enfant ou deux du premier mariage et point du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers de la succession. L'opinant pense qu'il serait juste d'établir à côté de la règle principale une exception portant qu'elle ne pourra, à l'égard du nouvel époux, excéder une quotité quelconque de la succession, *par exemple le quart.* » Cette motion fut adoptée.

Le conjoint remarié, dit l'article 1098, ne pourra donner : à son nouvel époux.... Que décider si le conjoint contracte non pas un mais successivement plusieurs mariages ; pourra-t-il disposer au profit de chaque nouveau conjoint d'une part d'enfant sous la condition que toutes ces parts n'excèdent pas la quotité disponible, ou bien les libéralités ne doivent-elles point réunies excéder une part d'enfant ?

On peut reprocher aux rédacteurs du Code d'avoir laissé place pour une controverse. L'Edit de 1560 était plus précis : ne peuvent donner, disait-il, plus à leurs *nouveaux maris*, qu'à un de leurs enfants. D'où Pothier disait. « Il n'est pas nécessaire pour qu'il y ait lieu à la réduction de l'Edit que la donation faite à l'un des dits maris excède la part de l'enfant le moins prenant ; il

suffit que toutes ces donations excèdent ensemble cette part car l'Edit ne dit pas : ne peuvent à chacun de leurs nouveaux maris, mais il dit : ne peuvent donner à leurs nouveaux maris ce qui signifie à tous leurs nouveaux maris. »

Un premier système soutenu par M. Duranton (1), décide que le veuf ou la veuve qui se remarie plusieurs fois peut donner à chacun de ses nouveaux conjoints une part d'enfant, pourvu que, au total, ces libéralités n'excèdent pas le disponible fixé par l'article 913 Code civil. On tire argument dans ce système de la différence de rédaction qui existe entre le texte de l'article 1098 et celui de l'édit. Ce dernier, dit-on, employait une expression collective qui faisait considérer tous les nouveaux époux comme un seul enfant, l'article 1098 au contraire emploie une expression individuelle qui autorise à penser que le Code a voulu accorder le droit de donner une part d'enfant à chaque nouvel époux.

Dans un deuxième système (2) on se fonde sur le même argument base du système précédent.

1. Tome IX, n. 804.

2. Demante et Colmet de Santerre, t. IV, 278 *bis*, 11. Nous avons vu que les mots ne pourront excéder le quart des biens ont été ajoutés sur la proposition de M. Berlier qui avait en vue non plusieurs convols successifs mais le cas où le nouvel époux se serait trouvé en présence d'un ou deux enfants seulement.

On ajoute seulement que toutes les libéralités réunies ne pourront excéder le quart des biens, cette restriction résulte de l'article 1098 qui veut qu'en aucun cas cette quotité ne soit dépassée.

Un troisième système qui paraît rallier la majorité des suffrages, ne permet de donner aux nouveaux époux réunis qu'une part d'enfant n'excédant pas le quart des biens. L'article 1098 n'est pas conçu, dit-on, dans un esprit différent de l'édit. Il faut s'en tenir à l'interprétation traditionnelle, car rien dans les travaux préparatoires ne montre que le législateur ait voulu innover, au contraire. Dans l'exposé des motifs, Bigot-Préameneu disait : *on a maintenu cette sage disposition* (de l'édit)..., il a été réglé que *dans ce cas les donations* au profit du nouvel époux, etc. (Locré, t. II, p. 422).

Comment croire que les rédacteurs du Code aient voulu se montrer plus indulgents que le législateur de 1560 pour les troisièmes ou quatrièmes mariages quand ils ont encore ajouté à la sévérité du premier chef de l'Edit. Ce troisième système est conforme à l'esprit de la loi. La disposition de l'article 1098 repose sur la nécessité de protéger les enfants du premier lit contre la facilité avec laquelle leur père ou mère se porterait à faire des avantages à son nouveau conjoint ;

or, ces motifs, disent fort bien MM. Aubry et Rau, ne se présentent-ils pas avec plus de force lorsqu'il s'agit de contracter une troisième ou quatrième union ?

Nature de la donation d'une part d'enfant légitime le moins prenant. Détermination de cette part. — La loi permet au conjoint remarié de donner à son nouveau conjoint : une part d'enfant le moins prenant. Pour trouver un sens à cette disposition il faut supposer, puisque les enfants ont en principe des droits égaux à la succession de leur ascendant, que l'un d'eux a reçu un avantage par préciput. La loi ne veut pas que le nouvel époux puisse recevoir plus que l'enfant qui reçoit le moins.

En employant cette formule le législateur n'a pas voulu dire que le nouvel époux ne pourrait recevoir qu'en ces termes : une part d'enfant ; la loi pose seulement une limite au montant des libéralités qui peuvent être faites au nouvel époux mais dans cette limite toute espèce de libéralités est possible.

La part d'enfant, qui ne peut dépasser ce que reçoit le second conjoint, est la part que la loi autorise l'enfant moins prenant à exiger et non pas celle qu'il reçoit en fait, parce qu'il veut bien s'en contenter quoiqu'elle soit inférieure à sa part

légale. Il ne doit pas dépendre de lui en renonçant à exercer son droit de restreindre la part du nouvel époux ; s'il en était autrement on pourrait craindre une collusion frauduleuse avec ses frères et sœurs à seule fin de préjudicier au nouveau conjoint. Cette solution était déjà celle du l'ancien droit, elle était suivie dans les Parlements de Toulouse et de Paris.

Pour opérer la détermination de cette part d'enfant il faut compter : les enfants du premier lit, ceux nés du mariage. Il faudra aussi faire entrer en ligne de compte l'enfant adoptif. Si l'époux donateur a des petits enfants issus d'un enfant prédécédé ils ne seront comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession (1). On compte les souches et non les têtes, c'est la solution imposée par l'article 914 C. civil pour le calcul de la réserve. Il n'y a donc pas lieu de distinguer, comme le faisait notre ancien droit, entre le cas où les petits enfants venaient seuls à la succession, et celui où ils venaient en concours avec les enfants du premier degré.

S'il existait des enfants naturels on ne devrait pas les compter, mais comme leur concours diminue la part qui doit revenir aux enfants légitimes,

1. Ou mieux : dont ils sont issus.

il faudrait, pour calculer la part d'enfant, distraire de la masse la portion de biens à laquelle les enfants naturels peuvent prétendre.

Faut-il pour calculer la part d'enfant compter les enfants indignes ou renonçants ? La doctrine répondra négativement, c'est en effet une conséquence de l'interprétation qu'elle donne de l'article 913 Code civil : celui qui renonce, dira-t-on, est censé n'avoir jamais été héritier ; or, il faut être héritier pour être réservataire c'est-à-dire pour avoir droit dans l'espèce à la protection de l'article 1098.

La jurisprudence compte, nous le savons, l'enfant renonçant pour fixer le taux de la réserve (Cassation, 1869, Sirey, 70, 1, 432), elle tire argument des termes employés par l'article 913, qui parle du nombre d'enfants que *laisse* le *de cujus*. Ici la loi parlant d'enfant *le moins prenant*, mots qui visent exclusivement les enfants *prenant part* à la succession, la jurisprudence devait nécessairement décider que pour calculer la part d'enfant moins prenant il ne faut compter ni les indignes ni les renonçants.

Quelquefois l'époux remarié donne à son nouveau conjoint en ces termes : une part d'enfant. Quel sera le droit du nouvel époux, si lors de la dissolution du mariage il n'existe plus d'enfants

du premier lit, ou si tous ceux qui existent sont indignes ou renonçants ?

Cette question s'était déjà posée dans notre ancien droit. Lebrun décidait que le nouvel époux aurait droit à toute la succession (1).

Pothier (2) dont l'opinion avait prévalu disait : « une part n'est pas le total », et décidait avec Ulpien : « *partis appellatio, non adjecta quota, dimidia intelligitur* » (3).

Un arrêt de 1763 avait adopté cette doctrine (4).

Aujourd'hui on décide généralement qu'il faut avant tout rechercher quelle a été l'intention du disposant. Il s'agit là d'une interprétation de volonté.

En l'absence de toute indication sur ce point, il nous semble qu'il faut attribuer à l'époux survivant le quart de la succession mais rien de plus. Il est certain, en effet, que le disposant, en gratifiant son conjoint d'une part d'enfant, a voulu assurer à son nouvel époux le maximum de la quotité disponible fixée par l'article 1098, c'est-à-dire le quart des biens (5).

1. *Des successions*, liv. II, ch. VI.

2. *Contrat de mariage*, n. 598.

3. Loi 164, Dig., *de verb. sign.*

4. Denizart, v. *Noces*, n. 25.

5. Demolombe, t. 23, n. 590, Paris, 14 mars 1835 ; Dalloz, 26, 2, 3.

Si les libéralités faites au second conjoint excèdent dans leur ensemble le disponible de l'article 1098, il y a lieu à réduction. Cet excédent doit-il être partagé entre les enfants à l'exclusion de l'époux, ou bien ce dernier a-t-il le droit de prendre part au partage ? Si par exemple le *de cujus* laisse quatre enfants d'un premier lit et une fortune se montant à 160.000 francs, il aurait pu disposer au profit d'un étranger du quart de la succession, soit 40.000 francs, il resterait pour ses enfants 120.000 francs, ce qui donnerait 30.000 francs pour chacun d'eux. A sa nouvelle femme il a par hypothèse donné 40.000 francs. Cette donation va être réduite à une part d'enfant, c'est-à-dire à 30.000 francs. Qui va profiter des 10.000 francs d'excédent ? Dans une première opinion on dit qu'ils seront partagés entre les enfants, ce qui fera 2.500 francs pour chacun. Dans ce système on arrive à cette conclusion les enfants auront en tout 32.500 francs, tandis que la nouvelle femme n'aura que 30.000 francs, résultat bizarre puisque la loi permet de lui donner autant qu'à l'un des enfants. Les auteurs qui ont soutenu ce système (1) invoquent en leur faveur l'ancien droit.

Pothier, Ricard admettaient cette solution (2).

1. Troplong, t. 4, n. 2706 et 2707 ; Grenier, t. 4, n. 708.

2. Voir plus haut sur le premier chef de l'édit.

On ajoute enfin dans ce système que l'article 921 C. civ. décide que le donataire ne peut profiter de la rédaction ; or, dit-on, le conjoint en profiterait s'il prenait part au partage de la portion réduite.

Le second système est généralement adopté aujourd'hui. A l'opinion de Pothier, à celle de Ricard, on oppose l'opinion de Renusson, qui faisait très justement remarquer que si le conjoint donataire, « n'était pas reçu à partager avec les enfants la portion retranchée il se trouverait qu'il aurait *moins* que l'enfant le moins prenant ». Ce second système auquel nous nous rallions fait remarquer qu'adopter le premier système c'est violer l'article 922 C. civ. En effet, c'est sur tous les biens, biens existants à la mort du *de cujus* et biens donnés, que l'on doit calculer la quotité dont le donateur ou le testateur a pu disposer.

Dans l'exemple que nous avons pris c'est sur 160.000 fr. et non pas sur 150.000 que l'on calcule la quotité disponible en faveur du nouveau conjoint. On viole également l'article 1098 puisqu'on refuse à l'époux la part d'enfant à laquelle il a droit, il recevrait moins s'il avait été institué légataire universel que si on lui avait légué simplement une part d'enfant.

Quant à l'argument tiré de la prétendue violation de l'article 921, on peut répondre que l'époux

ne vient au partage que pour recouvrer ce qu'on lui a enlevé de trop.

Nous déciderons donc que l'excédent se partagera entre tous les enfants et l'époux qui sera compté pour un enfant de plus (1).

Difficultés spéciales au cas où la libéralité faite au nouveau conjoint consiste en usufruit. — Si la libéralité, le legs par exemple, fait au nouveau conjoint est un legs de propriété il est aisé de rechercher si la valeur de la chose léguée excède le disponible de l'article 1098. Mais si le legs consiste en un usufruit, comment savoir si sa valeur dépasse le disponible. L'usufruit du même bien, n'a pas, on le conçoit aisément, la même valeur dans le cas où l'usufruitier est âgé de trente ans et dans le cas où cet usufruitier est un vieillard. Faudra-t-il tenir compte de l'âge, de la santé, de la profession de l'usufruitier, en un mot de tous les éléments de nature à déterminer la durée de cet usufruit, faudra-t-il l'estimer ; ou au contraire appliquer ici l'article 917 C. civ., qui, au cas où le disponible est déterminé par l'article 913, dispose ainsi : « Si la disposition par acte entre

1. En ce sens, Delvincourt, t. 2, p. 443. — Vazeille, sur l'article 1098, n. 17. — Colmet, t. 4, n. 278. — Aubry et Rau, t. 7, § 690. — Demolombe, t. 6, n. 600 et Laurent, t. 15, n. 401.

vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve auront l'option ou d'exécuter cette disposition ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible ».

Dans un premier système on décide qu'il ne faut pas étendre l'article 917 aux dispositions entre époux dans le cas où le disponible est réglé par l'article 1098. La mesure contenue dans cet article 917, dit Devilleneuve (Sirey, 52, 2, 3) n'est pas une de ces règles tirées des principes du droit, dont la portée s'étende à toute une matière, ce n'est rien autre chose qu'un expédient destiné à trancher une certaine difficulté et qui ne peut être employé logiquement dans d'autres cas sous prétexte d'analogie.

On répond qu'il n'y a aucune raison d'écarter l'application de l'article 917 au cas où l'article 1098 règle le disponible. Ici comme dans l'article 913, la loi fixe le disponible en pleine propriété, elle ne détermine pas comme dans le cas de l'article 1094, la mesure à laquelle il faut réduire les libéralités consistant en usufruit. Les mêmes difficultés, touchant l'évaluation de l'usufruit, qui se présentaient dans le cas de l'article 913, se présentent dans le cas de l'article 1098, par suite il faut

dans l'un et dans l'autre cas appliquer l'article 917 (1).

La jurisprudence a été quelque temps divisée sur cette question.

Le dernier arrêt qui a repoussé l'application de l'article 917 en notre matière est un arrêt de la Cour de Caen en date du 10 décembre 1859 (Sirey, 60, 2, 615) qui dans ses motifs reproduit les arguments que M. Devilleneuve avait fait valoir. Depuis cette époque des arrêts rendus, tant en France qu'en Belgique, ont décidé que l'article 917 devait s'appliquer. La question a été tranchée en ce sens par la Cour suprême par un arrêt du 1^{er} juillet 1873 (Sirey, 74, 1. 17).

L'article 917 qui ne s'applique pas aux libéralités en usufruit faites par un époux à son conjoint dans le cas de l'article 1094, dit la Cour de Cassation, cet article fixant une quotité spéciale en usufruit, *s'applique au contraire* à la libéralité faite à son conjoint par un époux ayant des enfants d'un premier mariage. L'héritier ne peut se soustraire à l'exécution intégrale de la libéralité qu'en abandonnant le disponible en propriété.

M. Demante approuve la doctrine de cet arrêt :

1. Aubry et Rau, t. 7, § 684 *bis*. — Demolombe, *De rat.*, t. 2, n. 462. — Laurent, t. 15, n. 402.

Le motif déterminant, dit-il, de l'arrêt du 10 mars 1873 (1) tiré de l'article 1094, vient à manquer lorsque l'époux survivant, au cas de secondes noces, subit la réduction encourue par l'existence d'enfant d'un premier lit. Le cas est réglé par l'article 1098 ; or, dans cet article, le législateur n'a déterminé qu'une seule quotité, disponible en pleine propriété, d'où l'article 917 conserve son empire. »

Cette solution imposée par les textes est-elle satisfaisante en raison ? M. Demante ne le pense pas : « La donation excessive en usufruit sera transformée en une part de propriété pleine ; or, cette transformation offre ici des inconvénients beaucoup plus graves, qu'au cas de l'article 1094, puisqu'elle dépouille définitivement les enfants du premier lit, de la portion de propriété attribuée au conjoint survivant. Cette transformation, il est vrai, n'aura lieu qu'en vertu de l'option faite par ces enfants suivant l'article 917, mais ils ne peuvent éviter cette attribution qu'en consentant l'exécution intégrale de la donation viagère. La fréquence des donations viagères entre époux a fait écarter ce résultat à l'égard des enfants communs,

1. Cet arrêt décidait que l'article 917 ne devait pas s'appliquer lorsque la quotité disponible était réglée par l'article 1094.

il y avait lieu à plus forte raison de l'écarter quant aux enfants d'un précédent mariage ».

Il est arrivé assez souvent qu'un conjoint ayant des enfants d'un premier lit, peut être touché de ce motif qu'un legs en propriété fait à son nouveau conjoint dépouillerait définitivement les enfants nés de la première union, déclare ne vouloir avantager son conjoint *qu'en usufruit* et lui laisse : *tout l'usufruit dont la loi lui permet de disposer*. En quoi consistera la part de l'époux avantagé ? — Si nous supposons que le disponible est d'un quart en toute propriété, le conjoint survivant aura-t-il droit à l'usufruit de ce quart ou bien aura-t-il droit à l'usufruit de la moitié de la succession (1) ?

Dans un premier système on dit que ce qui peut être donné au nouveau conjoint ce n'est pas seulement la pleine propriété d'un quart des biens, mais aussi une portion d'usufruit équivalente. Or, dit-on, la valeur de l'usufruit est de la moitié de la valeur de la pleine propriété, la jurisprudence le déclare. Donc puisque l'époux aurait pu donner un quart de ses biens en toute propriété, il a pu laisser à son second conjoint l'usufruit de la moi-

1. Remarquons que si le testateur avait dit qu'il léguaient *l'usufruit de tous les biens dont la loi lui permet de disposer*, cela voudrait dire l'usufruit de la quotité disponible.

tié des biens. C'est à cette quotité que la libéralité doit être réduite.

Remarquons tout d'abord, qu'il ne saurait être question d'estimer judiciairement quelle quotité d'usufruit peut être laissée à l'époux. En effet, aux termes de l'article 917, le droit d'estimation appartient aux héritiers réservataires; or, dans notre hypothèse, le *de cu jusa* interdit l'application de l'article 917 ce qu'il peut faire (Cassation, 1^{er} juillet 1873; Sirey, 1874, 1, 17, deuxième espèce). Ceci posé on peut répondre au premier système, que la jurisprudence ne déclare pas en général que l'usufruit est égal à la moitié de la pleine propriété, que la Cour de Cassation décide seulement que le jugement ou l'arrêt qui a, statuant en fait, déclaré que l'usufruit était égal à la moitié de la pleine propriété n'avait violé aucune loi (1).

Nous pensons que le conjoint survivant ne pourra recevoir qu'un quart en usufruit. De cette manière on tiendra compte de la volonté du *de cujus* qui n'a point voulu obliger ses enfants à abandonner à l'époux un quart en pleine propriété.

L'article 917 devrait-il être étendu au cas ou

1. La disposition de la loi du 22 frimaire an 7 d'après laquelle l'usufruit doit être évalué à la moitié de la valeur de la pleine propriété n'a force obligatoire qu'en matière fiscale.

le prémourant ayant des enfants d'un premier lit a fait à son conjoint un legs consistant en une nue-propriété? Non on se trouve en effet hors des termes de l'article qui ne parle que du cas où le legs est d'un usufruit.

Nous avons vu tout-à-l'heure que certains auteurs, se basant sur ce fait que l'usufruit vaut la moitié de ce que vaut la pleine propriété du même bien, permettaient à l'époux de donner en usufruit le double de la quotité disponible. Nous avons combattu ce système et nous déciderons de même au cas où le prémourant aurait légué à son conjoint toute la nue-propriété dont la loi lui permet de disposer. Dans les deux cas nous déciderons qu'un tel legs ne peut porter que sur la nue-propriété du disponible ou sur l'usufruit de ce même disponible, c'est-à-dire une part d'enfant ne pouvant dépasser un quart des biens.

La loi du 9 mars 1891 a accordé au conjoint survivant un droit d'usufruit sur les biens du prédécédé, mais elle ne pouvait se montrer plus généreuse qu'elle ne permet de l'être au *de ejus*. Elle apporte les mêmes limites aux avantages qu'elle accorde qu'à ceux qui résulteront de la volonté de l'époux qui a des enfants d'un premier lit. L'article 767, alinéa 4, reproduit les termes mêmes de l'article 1098, la jouissance du conjoint

ne peut grever que la portion de biens dont le conjoint pourrait disposer au profit de son nouveau conjoint (1).

Formation de la masse. — La formation de la masse sur laquelle doit se calculer la quotité disponible établie par l'article 1098 se fait conformément au droit commun, c'est-à-dire que l'on suit les mêmes règles que s'il s'agissait de calculer le disponible ordinaire.

Si l'époux donateur n'a point fait de libéralités au profit d'autres personnes que son conjoint, c'est sur la masse totale de biens existant dans la succession que l'époux considéré comme un enfant de plus doit recevoir sa part.

Si l'époux a fait des libéralités outre celles faites à son conjoint, à ses enfants, ces libéralités doivent être déduites de la masse si elles ont été faites par le préciput. C'est après cette déduction que l'on calcule la part du nouvel époux.

Si nous supposons que la libéralité faite à l'un des enfants n'a pas été faite par préciput il faudra réunir fictivement cette libéralité à la masse. Prenons un exemple. Une femme remariée a laissé à son nouveau mari une part d'enfant, elle a donné

1. Nous examinerons dans un appendice les questions que soulève en notre matière l'application de la loi du 9 mars 1891.

à l'un de ses trois enfants 10.000 francs, mais sans dispense de rapport. Elle laisse en mourant une fortune s'élevant à 90.000 francs. Le legs fait au second mari sera de 25.000 francs. Il ne serait, au contraire, que de 22.500 si l'on n'avait pas réuni les 10.000 francs à la masse.

Peut-on dire que cette solution porte atteinte à la règle que le rapport n'est dû que par le co-héritier à son cohéritier (art. 857 C. civ.). Non, le mari ne demande pas ici un rapport réel, mais simplement un rapport fictif, il demande que l'enfant impute sur sa part héréditaire les 10.000 francs qui lui ont été donnés.

Cette imputation n'est que l'application des principes généraux du droit, l'article 922 veut, en effet, que pour calculer le disponible, on réunisse tous les biens donnés aux biens existants dans la succession (1).

1. Demolombe, *Donat.*, t. 6, n. 594. — Laurent, t. 15, n. 401. — Orléans, 1^{re} fév. 1883, D, 85, 2, 104.

*Réduction des dispositions excessives faites
en faveur du nouveau conjoint par l'époux
remarié.*

I. — Quelles libéralités sont réductibles.

II. — *Quid* au cas où l'époux a fait des libéralités non seulement à son nouveau conjoint mais à des tiers.

III. — De l'action en réduction.

I. — De quels avantages faut-il tenir compte pour savoir si le disponible de l'article 1098 n'a pas été dépassé, en un mot quelles libéralités sont réductibles ?

La restriction apportée à la liberté de disposer en faveur du nouvel époux doit s'étendre à toute espèce de libéralités ou d'avantages que lui a conféré l'époux ayant des enfants du premier lit. Par quelque acte, dit M. Laurent, et de quelque manière que l'époux ait avantage son nouveau conjoint, cet avantage est sujet à réduction.

Ainsi la restriction de l'article 1098 doit s'appliquer : 1° Aux libéralités antérieures au mariage si au moment où elles ont été faites les parties avaient formé le projet de mariage. La charge de

prouver qu'il avait effectivement projet, convention de mariage pèsera sur les enfants du premier lit. Au reste tous les modes de preuve pourront être employés pour prouver cette fraude à la loi (1) ; 2^e aux donations faites soit par contrat de mariage, soit au cours du mariage, même lorsqu'elles seraient réciproques, ou sans conditions ou avec charges, en déduisant, bien entendu, de la valeur des biens donnés le montant des charges ; aux avantages qui pourraient résulter d'une renonciation à succession, ou du refus d'un legs si le nouvel époux était légataire universel par exemple, aux legs que le disposant aurait pu faire à son nouvel époux ; au bénéfice qui peut résulter pour le nouveau conjoint d'une assurance sur la vie contractée à son profit par l'époux remarié.

Cette dernière hypothèse nous retiendra quelques instants. Nous supposons qu'un homme ayant des enfants d'un premier lit contracte une assurance sur la vie au profit de la nouvelle épouse. Moyennant le paiement qu'il fera annuellement d'une somme appelée prime, l'assureur s'engage à payer à son décès une somme déterminée cin-

1. De ce que la preuve par témoins est possible la preuve par les présomptions de l'homme le sera également. En fait le simple rapprochement des deux dates, la date de la libéralité et celle du mariage suffiront le plus souvent pour prouver l'intention de faire fraude à la loi.

quante mille francs, par exemple, à sa femme survivante. Une telle stipulation constitue pour la femme un avantage évident.

Cette libéralité est-elle sujette à la réduction de l'article 1098 ? Un premier système (de Caqueray, *Rev. prat.*, 1863), décide que cette libéralité n'est pas soumise à la réduction au cas où les primes annuelles ont été payées avec les revenus du stipulant. Ces revenus, dit-on, auraient été dépensés autrement s'ils n'avaient pas été employés à cet usage. On invoque l'article 1527 Code civil, qui décide que les économies faites sur les revenus des époux quoique inégaux ne sont point considérées comme un avantage tombant sous le coup de l'article 1098. Ce système est très généralement repoussé, on répond que le paiement des primes a dans tous les cas diminué le patrimoine du donateur ; s'il les avait gardées elles auraient accru son capital.

Une fois ce principe admis que les libéralités faites au moyen d'un contrat d'assurances sont sujettes à la réduction de l'article 1098, la question qui s'élève est celle de savoir sur quoi va porter la réduction. Doit-on considérer la libéralité comme égale à la totalité des primes versées à l'assureur ou bien égale au capital que l'assureur versera au bénéficiaire ?

Dans un premier système on décide que les primes seules constituent la libéralité. Par l'effet du contrat, le *de cujus* n'a acquis aucune créance contre la compagnie assureur, il s'est simplement obligé au paiement des primes, la créance est entrée de suite dans le patrimoine du bénéficiaire, le stipulant ne s'est pas appauvri du capital de l'assurance, mais seulement des primes versées. On décide donc dans ce système que la réduction doit porter sur le total des primes versées, avec cette restriction que si le total des primes excédait le capital de l'assurance, c'est seulement sur ce capital que devrait porter la réduction (1).

Dans un second système on soutient que c'est sur le capital assuré que la réduction doit porter dans tous les cas. Le contrat d'assurance qui renferme une stipulation pour autrui se décompose en un contrat à titre onéreux entre l'assureur et l'assuré, et un contrat à titre gratuit entre le stipulant et le bénéficiaire. Ce dernier est gratifié non des primes mais du capital assuré. Cette créance n'a peut-être figuré qu'un moment dans le patrimoine du stipulant, si le bénéficiaire a donné immédiatement son acception dans la police, mais il n'en est pas moins vrai qu'elle en a fait partie (2).

1. Rome. *Assurances*.

2. Ruben de Couder, *Herbault*.

La jurisprudence qui avait adopté le premier système (Seine, 17 juin 1862, Caen, 11 janv. 1863, Paris, 5 avril 1867) adopte aujourd'hui le second depuis un arrêt de Cassation du 18 novembre 1874 (1).

3° L'article 1098 doit s'appliquer en troisième lieu aux avantages indirects pouvant résulter de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial. Les avantages que prévoit l'article 1098 ne sont pas les seules libéralités qui soient redoutables pour les enfants du premier lit. L'adoption de tel régime matrimonial peut procurer un avantage excessif au nouveau conjoint, dépouiller presque l'époux qui convole. Deux époux ont une fortune égale, mais la femme n'a que des immeubles, le mari au contraire n'a que des meubles, actions obligations. Il veut avantager sa femme, il se marie sous le régime de la communauté légale. Si le législateur n'avait point déjoué de tels calculs la protection qu'il accorde aux enfants du premier lit dans l'article 1098 eût été illusoire.

Ainsi de droit commun les avantages qui peuvent résulter de telles ou telles conventions matrimoniales sont considérés comme de simples bénéfices échappant aux règles des donations. Ce

1. Besançon, 25 janv. 1876. Sirey, 76 1, 400. — Requête, 9 mai 1881 ; Sirey, 81, 1, 337.

ne sont pas des libéralités entre époux mais des bénéfices d'association. Lorsque au contraire l'un des conjoints a des enfants d'un précédent mariage, on considère les avantages qui peuvent résulter pour l'autre conjoint des conventions matrimoniales comme sujets à réduction.

Les article 1496 et 1527 C. civil qui consacrent cette exception sont ainsi conçus :

Art. 1496. — Si la confusion du mobilier et des dettes opérait, au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098 au titre des donations entre-vifs et des testaments, les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en réduction.

Art. 1527. — Dans le cas où il y aurait des enfants d'un précédent mariage, toute convention qui tendrait dans ses effets à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098, au titre des donations entre-vifs et des testaments, sera sans effet pour tout l'excédent de cette portion ; mais les simples bénéfices résultant de travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfants du premier lit.

L'article 1496 règle le cas où les deux époux se sont mariés sous contrat, il se place en présence

du régime de communauté légale. Il déclare tout d'abord qu'il n'y a pas lieu de modifier les règles de la communauté légale au cas où l'un des nouveaux conjoints a des enfants d'un précédent mariage, peu importe donc l'origine des biens de l'époux qui convole, les biens provenant de la liquidation de la première communauté ont été confondus avec ceux qui composaient son patrimoine. Puis dans son second alinéa, il décide que si de l'adoption du régime de communauté il résulte un avantage pour le nouveau conjoint cet avantage ne doit pas, sous peine d'être réduit, dépasser le disponible de l'article 1098.

Certains auteurs critiquent la solution admise par le législateur, le régime de communauté, disent-ils, est le régime de droit commun, c'est celui que la loi impose à ceux qui n'ont pas fait de contrat, il semble qu'aucune suspicion ne peut atteindre les époux puisqu'ils n'ont pas choisi ce régime. En se conformant aux combinaisons ou aux conseils du législateur, ils ne sauraient être présumés avoir voulu faire fraude aux enfants du premier lit.

On a répondu depuis longtemps que le régime de communauté légale émane de la volonté des époux comme tout autre régime, seulement cette manifestation de volonté n'est pas expresse.

L'avantage qui en résulte doit être réductible.

Cette solution était déjà celle admise par l'ancien droit (Pothier, *C. de mariage*, n. 551). « Ce n'est pas la loi, immédiate et *per se*, qui fait tomber dans la communauté les choses qui y tombent, c'est la convention, tacite ou virtuelle, intervenue entre les parties, par laquelle elles sont censées être convenues qu'elles y tombassent, qui les y fait tomber. L'avantage que le second mari ressent de ce qui y est tombé de la part de sa femme plus qu'il n'en est tombé de la sienne, est donc un avantage qu'il tient de la convention tacite ou virtuelle qu'il a censé avoir eu avec sa femme, et par conséquent qu'il tient de sa femme. »

Il est admis par tous les auteurs que l'article 1496 s'applique aux biens existants au jour du mariage. En effet, on conçoit que l'époux ayant des enfants d'un premier lit, qui étant riche se marie sans faire de contrat de mariage avec un conjoint pauvre, soit présumé lui faire une libéralité, mais l'article 1496 s'applique-t-il aussi aux avantages qui pourraient résulter pour le nouveau conjoint d'une succession échue à l'autre époux pendant le mariage?

Dans l'ancien droit la même question s'était posée sous le premier chef de l'édit. Pothier, Lebrun, avaient adopté la négative : de telles libéra-

lités sont si incertaines, disaient-ils, que l'on ne peut dire que l'époux héritier ait eu l'intention d'en faire l'objet d'une libéralité, ou que son conjoint ait compté sur cet avantage. Ces raisons sont celles que donnent encore aujourd'hui les partisans de la négative (Bertauld, *Questions pratiques* et Toullier).

Nous devons repousser cette solution, la distinction que le premier système voudrait faire entre le mobilier présent et le mobilier futur n'a aucune base légale, la loi n'a fait nulle part une distinction entre le mobilier que les époux possédaient lors du mariage et celui qui leur serait advenu pendant sa durée. Un second motif doit encore fortifier cette solution. Les articles 1496 et 1527 se préoccupent peu de l'intention des parties. Comme le disent MM. Rodière et Pont (*Contrat de mariage*) : « en cette matière le fait passe avant l'intention. »

Un arrêt de la Cour de Caen en date du 21 novembre 1868 (Sirey, 69, 1, 262) a adopté cette doctrine. Voici les motifs de cet arrêt : « Attendu qu'après avoir assigné des limites étendues à la faculté de disposer à titre gratuit entre époux, le législateur a senti la nécessité de les restreindre pour le cas de convol avec enfants ; qu'en conséquence il a dans l'article 1098 C. civ. décidé que le nouvel

époux ne pourrait recevoir de son conjoint au-delà d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que cette part excédât le quart des biens ; qu'ensuite pour assurer la sanction des dispositions qu'il venait d'édicter, il a dans les articles 1099 et 1100 fait défense aux époux de se donner indirectement au-delà de ce qu'il permettait et qu'il a frappé de nullité toute donation déguisée ou faite à personne interposée ; mais attendu que malgré la sévérité de ces prohibitions, sa sollicitude pour les enfants nés d'un précédent mariage aurait été insuffisante s'il les eût oubliés dans le titre du contrat de mariage, qu'en effet soit que les époux se placent sous l'empire de la communauté légale, soit qu'ils établissent entre eux un régime de communauté conventionnelle, dans toutes ces hypothèses il peut se rencontrer des circonstances prévues ou imprévues à l'époque de la célébration du mariage qui porteraient une grave atteinte à la disposition éminemment sage de l'article 1098. Qu'aussi pour la maintenir intacte dans toutes les éventualités le législateur a introduit dans le titre même du contrat de mariage deux dispositions spéciales, celles des articles 1496 et 1527. Que par la première qui est la seule directement applicable aux faits de la cause il décide que si la confusion du mobilier et des dettes opé-

rait au profit de l'un des époux un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article 1098, les enfants du premier lit de l'autre époux auraient l'action en retranchement ; que ces mots de l'article 1496 : la confusion du mobilier et des dettes seraient par eux-mêmes fort incomplets et difficilement intelligibles s'ils étaient isolés, puisqu'on ne saurait pas de quel mobilier et de quelles dettes il s'agirait, mais que le premier alinéa du même article énonce que tout ce qui avait été dit sur la communauté légale sera observé, même lorsque les époux ou l'un d'eux auront des enfants d'un précédent mariage, qu'il indique explicitement que le texte entier de l'article 1496 se réfère aux dispositions antérieures parmi lesquelles sont les articles 1401 et 1409, et que ces deux derniers articles, faisant entrer dans la communauté légale tout le mobilier présent et futur sans distinction aucune, ainsi que les dettes présentes et futures, il était complètement inutile de dire autrement que ne l'a fait l'article 1496 que le mobilier et les dettes dont la confusion pouvait donner ouverture à l'action en retranchement étaient exactement ceux dont il s'agit dans les articles 1401 et 1409 précités, que d'ailleurs si l'on eût voulu restreindre l'action en retranchement à la confusion des apports rien n'était plus simple que de l'exprimer, ce

qui n'a pas eu lieu. Qu'enfin le but de la loi si clairement manifesté dans l'article 1098 serait en partie manqué si la confusion qui s'opère pendant le mariage produisait un résultat irrémédiable et qu'on n'apercevait aucune raison d'établir une distinction entre la confusion du mobilier présent et celle du mobilier futur puisque l'une et l'autre portent à la prohibition de l'article 1098 une égale atteinte. Que vainement compare-t-on les expressions de l'article 1542 C. civ. avec celles de l'article 1496 pour en induire que le mot mobilier ne comprend que les apports ; que la preuve du contraire résulte de l'article 1542 lui-même, puisque si, grammaticalement et juridiquement, mobilier signifiait uniquement le mobilier présent, il n'y aurait pas eu besoin d'ajouter à l'article 1542 un alinéa spécial pour dire que la constitution, en termes généraux, de tous les biens de la femme, ne comprend pas les biens à venir ; qui vainement encore argumente-t-on de l'interprétation, contraire à la solution ci-dessus, qu'aurait reçu dans l'ancien droit l'édit des secondes nocces ; que d'abord, il n'y avait pas uniformité à cet égard parmi les jurisconsultes comme l'atteste Pothier lui-même ; qu'ensuite l'Edit se servait du mot *donner* et ne prohibait que les donations, tandis que les articles 1496 et 1527 ne se préoccupent

nullement de la volonté des époux mais uniquement du *résultat* ; que c'est ce qui ressort formellement des termes mêmes de l'article 1527, qui, conçu dans le même esprit que l'article 1496, réduit *toute convention qui tendrait dans ses effets* à donner à l'un des époux au-delà de la portion réglée par l'article 1098 ; qu'enfin l'orateur du gouvernement a, dans l'Exposé des motifs des articles 1496 et 1527, déclaré que le législateur moderne ne s'était en ce point attaché ni à la législation romaine ni à l'Edit des secondes nocces. »

Cet arrêt semble avoir fixé la jurisprudence.

On s'est demandé si l'inégalité des apports devait être compensée au cas où l'époux qui a le moins apporté, nous supposons que c'est le nouveau conjoint, exerce une industrie ou professe un art qui procure chaque année à la communauté des bénéfices considérables.

Il n'y a pas de compensation possible, l'estimation de ce que rapporte l'industrie de l'époux serait trop difficile et trop arbitraire. Si l'industrie appartient comme c'est probable au mari, on peut dire que la femme exerce sur la prospérité de la communauté une action aussi bienfaisante par les soins qu'elle apporte au ménage.

L'article 1527 se place dans le cas où les époux

ont adopté le régime de la communauté conventionnelle. Ici plus encore que sous le régime de communauté légale il eût été facile de dépouiller les enfants du premier lit. Cette communauté se prête en effet aux combinaisons les plus variées et l'on aperçoit combien il aurait été aisé de frustrer les enfants de l'héritage de leur auteur à l'aide des clauses, d'ameublissement, de communauté universelle, de séparation de dettes, de préciput. Aussi l'article 1527 prohibe toute convention qui aurait pour effet, pour résultat, peu importe la volonté des époux, de conférer au nouveau conjoint un avantage supérieur à la quotité fixée par l'article 1098. L'orateur du gouvernement, dans l'exposé des motifs des articles 1496 et 1527, exprimait donc une idée fort juste lorsqu'il déclarait qu'en cette matière on n'avait point suivi l'édit des secondes noces.

On a jugé par application de cette idée que la disposition suivante tombait sous le coup de l'article 1527. Une veuve ayant des enfants fait à son deuxième mari donation d'une part d'enfant. Cette libéralité éteint le disponible de l'article 1098. De plus, le contrat de mariage attribuait au survivant des époux la jouissance d'un bail existant lors de la dissolution de la communauté. Le bail présentait un nouvel avantage; donc il y avait

excès et partant lieu à réduction au profit des enfants du premier lit (Arrêt de Cassation, D. 62, 1, 43).

Si les avantages qui peuvent résulter de l'inégalité des apports peuvent donner lieu à l'action en retranchement, il n'en est pas de même pour ceux qui proviennent de l'inégalité des revenus. C'est ce que décide le deuxième alinéa de l'article 1527. Ce texte consacre formellement cette solution, pour la communauté conventionnelle il y a lieu d'étendre cette solution à la communauté légale, car les motifs de décider sont les mêmes. Comme le dit M. Guillouard (*Traité du Contrat de mariage*) : dans la théorie des rédacteurs du Code, les revenus sont faits pour être dépensés et les héritiers réservataires ne peuvent se plaindre de dispositions faites uniquement aux dépens des revenus, car ils ne devaient pas s'attendre à les retrouver dans la succession du *de cujus*. D'ailleurs M. Berlier a formellement déclaré, dans son *Exposé des motifs au corps législatif* que la disposition de l'article 1527 devait être étendue à l'article 1496 (Fenet, t. XIII, p. 678). L'article 1527 décide également que les bénéfices résultant des travaux communs des époux ne donnent jamais lieu à réduction. En fait, il arrive souvent que la femme n'exerce aucune profession lucrative peu importe,

les enfants du premier lit n'auront point l'action en retranchement. Si, en effet, elle n'exerce ni art ni profession, les soins qu'elle apporte au ménage enrichissent souvent plus la communauté que les gains que fait le mari (Pothier, *Contrat de mariage*).

Les avantages qui excèdent le disponible de l'article 1098 sont sans effet pour tout l'excédent, l'article 1496 nous dit qu'une action en retranchement sera formée. Pour que cette action réussisse il faudra prouver qu'il existe réellement un avantage excédant la quotité disponible. S'il a été fait un contrat de mariage énonçant les apports, la preuve ressortira de l'inégalité des apports que le contrat constate. Mais s'il n'a pas été fait de contrat, la preuve sera plus difficile à fournir. Il en serait de même au cas où les apports ne seraient pas portés sur le contrat. La preuve de l'excédent pourra être faite par titres, par témoins et par conséquent les présomptions de l'homme seront admissibles. La preuve par la commune renommée devrait-elle être admise ? Certains auteurs enseignent l'affirmative, car, disent-ils, il s'agit de prouver une fraude à la loi. Nous repoussons ce système, et nous dirons que la preuve par commune renommée ne peut être admise en dehors des cas où la loi l'autorise formellement. Alors

même qu'il s'agirait de prouver une fraude à la loi, cette raison n'est pas suffisante pour faire admettre ce mode de preuve exceptionnel. Ce mode de preuve est dangereux, laissant trop de place à l'exagération habituelle des foules.

Il est un cas où par exception nous admettons ce mode de preuve. C'est le cas où la femme prédécède laissant des enfants d'une précédente union et où ceux-ci voudraient prouver contre le mari l'excédent qui résulte du mobilier échu pendant le mariage à leur mère, ce mobilier devant lui rester propre.

Combinaison de la quotité disponible de l'article 1098 avec la quotité disponible ordinaire. — Nous avons jusqu'à présent supposé que l'époux qui a des enfants d'un premier lit a fait des dispositions uniquement en faveur de son nouveau conjoint. Il peut aussi, on le conçoit aisément, avoir gratifié en outre un étranger, ou l'un de ses enfants.

Nous allons examiner successivement les questions suivantes :

1° Peut-il y avoir cumul du disponible ordinaire et du disponible de l'article 1098 ;

2° De la combinaison des quotités disponibles et de l'ordre de date des libéralités faites à un tiers et au nouveau conjoint.

La loi, nous l'avons fait remarquer au début de cette matière, ne frappe pas d'une incapacité de disposer à titre gratuit l'époux qui se remarie, elle réduit seulement la quotité de biens dont il peut disposer au profit de son nouveau conjoint. A l'égard de tous autres il reste sous l'empire du droit commun.

Comment se régleront les droits des donataires ou légataires si l'époux remarié a fait des libéralités à son nouveau conjoint et à des tiers ?

Un point ne peut donner lieu à des difficultés : on ne peut cumuler le disponible spécial de l'article 1098 avec le disponible de droit commun.

En effet, il n'y a en réalité qu'un seul disponible, celui de l'article 913, disponible dont l'époux qui a des enfants d'un premier lit ne peut disposer que pour partie en faveur du nouveau conjoint. La théorie du cumul aurait pour résultat l'anéantissement de la réserve.

Si nous supposons que l'époux ayant des enfants d'un premier lit a par des donations épuisé au profit d'étrangers le disponible de droit commun, il ne pourra plus rien donner à son nouveau conjoint. S'il n'a disposé que d'une partie de ce disponible il pourra lui donner le surplus, à condition que ce surplus ne dépasse pas ce que l'article 1098 lui permet de donner.

Si nous supposons que c'est l'époux qu'il a gratifié tout d'abord dans les limites permises par l'article 1098, il pourra faire d'autres libéralités à des étrangers jusqu'à concurrence du disponible de l'article 913.

Une autre règle universellement admise est que chaque gratifié et en particulier le nouveau conjoint, ne peut rien recevoir au-delà de la quotité disponible qui lui est particulière. Si donc le disposant a un enfant du premier lit, le disponible que le total des libéralités ne pourra dépasser est de la moitié de la succession, et de plus le montant des libéralités faites au nouveau conjoint ne pourra excéder le disponible de l'article 1098, c'est-à-dire dans notre espèce le quart de la succession.

Il était relativement aisé de trancher au moyen de ces règles les difficultés qui pouvaient naître au cas où le *de cujus* avait gratifié son nouveau conjoint et des tiers, lorsqu'un système adopté par la jurisprudence est venu tout compliquer (1).

Pour pouvoir exposer cette jurisprudence nous devons examiner la question suivante : L'époux ayant des enfants d'un premier lit peut-il distribuer la quotité disponible de droit commun (art. 913)

1. Les arrêts se sont prononcés au sujet de la conciliation des articles 913 et 1094.

entre son conjoint et un tiers, pourvu qu'il respecte en ce qui touche son conjoint les descriptions de l'article 1098 ; ou bien, faut-il observer entre les libéralités un ordre de dates, et dire que si le disponible de l'article 1098 a été épuisé au profit d'un tiers, l'excédent du disponible ordinaire sur le disponible de l'article 1098 ne pourra être donné au nouvel époux ?

Par exemple Primus meurt laissant un enfant d'un premier lit, sa fortune se monte à la somme de 100,000 francs. Il peut au profit d'un tiers disposer de 50,000 francs, et au profit de son nouveau conjoint de 25,000 seulement. Si en 1880 il a fait donation à un tiers de 25,000 francs, peut-il en 1881 faire donation à son nouveau conjoint du disponible de l'article 1098, soit 25,000 francs.

La Cour de Cassation a répondu négativement. Le *de cujus* dans ce système n'a pu faire à son conjoint la moindre libéralité, si antérieurement il a disposé au profit d'un tiers de ce dont il pouvait disposer au profit de son conjoint. Il faut donc se préoccuper de l'ordre des libéralités, la quotité disponible varie suivant que la première donation est faite au conjoint ou à un tiers.

Pour justifier ce système on dit : décider en sens contraire, c'est faire profiter le nouveau conjoint du disponible ordinaire ; c'est de plus aller

à l'encontre de l'intention du disposant qui n'a pu être d'imputer sa première donation sur le disponible le plus fort, quand le plus faible suffit à la libéralité actuelle.

On peut répondre à ces arguments que dans tous les cas où il reçoit une libéralité le conjoint est gratifié sur le disponible ordinaire.

C'est en effet le seul que la loi connaisse, l'article 1098 ne crée pas un autre disponible, il défend au nouveau conjoint de recevoir plus qu'il ne détermine du disponible ordinaire, il interdit de lui donner plus qu'une certaine portion de ce disponible.

Quant à l'argument tiré de l'intention du disposant il est aussi fragile que le précédent. Il suppose lui aussi l'existence de deux disponibles. De plus si le disposant a voulu quelque chose, c'est bien certainement avoir pour l'avenir la libre disposition de la plus grande partie possible de sa fortune. Il n'a pu vouloir se lier les mains.

Le système de la Cour de Cassation n'a pas ralenti les suffrages de la doctrine. Les cours d'appel même ont à plusieurs reprises combattu la jurisprudence de la Cour suprême. C'est ainsi que même après les arrêts du 21 juillet 1813 et du 7 juin 1824 de nombreuses dissidences se sont produites parmi les cours d'appel de Lyon (Sirey, 1836, 2,

177), de Riom (Sirey, 53, 2, 591) de Toulouse, etc.

Cette controverse ne s'élève pas, au cas où les libéralités faites à des tiers et à l'époux sont des libéralités testamentaires (1). Peu importe que ces libéralités soient faites dans le même ou dans des testaments successifs. Si en effet les libéralités ont été faites dans le même acte, dans le même testament, toute distinction fondée sur l'ordre dans lequel elles ont été faites serait inadmissible. Elle serait contraire au principe posé par l'article 926 d'après lequel les legs sont réduits au marc le franc sans qu'il soit besoin de se préoccuper de la date à laquelle ils ont été faits. Il en serait de même et pour les mêmes motifs si les libéralités sont faites dans des testaments différents.

La Cour de Cassation (2) a vu qu'il était impossible ici de s'attacher à l'ordre des écritures, car cet ordre dépend souvent d'une circonstance fortuite sans que la volonté du testateur y soit pour rien comme si le testament a été rédigé par un notaire.

II. — *De l'action en réduction.* — L'action en réduction ou en retranchement est l'arme donnée par la loi à tout héritier réservataire pour faire res-

1. Ou des donations entre vifs faites par le même acte. Cependant certains arrêts semblent encore ici distinguer l'ordre des libéralités. Aix, 18 av. 1836 ; Sirey, 36, 2, 421.

2. Cassation, 20 déc. 1847 ; 12 juillet 1848 ; 4 janvier 1869.

pecter sa réserve d'où, à la question de savoir qui peut intenter l'action en réduction nous devons répondre : ceux dans l'intérêt desquels les biens sont indisponibles, c'est-à-dire les enfants du premier lit.

Ils ont ce droit d'intenter l'action en réduction à une condition : ils doivent se porter héritiers. Quelles qu'aient été sur ce point les solutions de l'ancien droit, il faut décider que si l'article 1098 établit une réserve ce ne peut être qu'en faveur des enfants du premier lit qui sont héritiers. Avant d'être réservataire il faut être héritier.

L'action en réduction s'évanouira donc si les enfants du premier lit meurent avant leur auteur, s'ils sont indignes ou renonçants (Colmar, 19 fév. 1845).

Les enfants du premier lit, qui d'après ce que nous venons de dire, ne peuvent intenter l'action en réduction, qu'après la mort de leur auteur seraient-ils fondés à prendre du vivant de celui-ci des mesures conservatoires ? Nous ne le pensons pas, car ils n'ont pas un droit éventuel à sauvegarder (1). La jurisprudence s'est prononcée en sens contraire (Cassation, 27 nov. 1822, Dalloz, 22, 1, 319. — 2 mai 1855, Sirey, 56, 1, 178), ce-

1. Demolombe Baudry, t. 2, n. 744.

pendant on trouve des arrêts dissidents. Limoges, 27 mai 1867, Sirey, 67, 2, 337. — *Journal du Palais*, 67, 1233.

On s'est demandé si lorsque le droit de poursuivre la réduction s'est ouvert dans la personne des enfants du premier lit et qu'il ne s'est point éteint par leur renonciation, les enfants nés du second mariage peuvent intenter l'action en réduction au cas où les enfants du premier lit refuseraient de l'intenter.

Un premier système admet l'affirmative, si disent les partisans de ce système, les enfants du second lit profitent du bénéfice de l'action en réduction une fois exercée (ce qui est généralement admis), c'est parce que cette action elle-même est dans la succession ; or, si l'action est dans la succession l'exercice doit en appartenir à tous les enfants sans distinction. Le système contraire pourrait, dit-on, donner lieu à des collusions entre les enfants du premier lit et l'époux.

Un autre système, qui nous paraît mieux fondé, refuse le droit d'intenter l'action à tous les autres qu'aux enfants du premier lit. De ce que les enfants du nouveau mariage, dit Marcadé, en leur qualité d'héritiers, ont le droit de prendre leur part des biens donnés quand ces biens sont remis dans la succession, il ne s'ensuit nullement qu'ils

aient le droit de les y faire mettre. Pour faire rentrer ces biens dans la succession il faut faire opérer le retranchement de la donation, il faut l'attaquer comme excessive, mais pour critiquer une libéralité comme excédant telles limites, il faut être de ceux au profit desquels ces limites ont été posées.

C'est ce qu'a décidé l'arrêt de Colmar de 1845 cité plus haut.

Des libéralités déguisées ou faites par personnes interposées, articles 1099 et 1100 Code civil. — Les époux atteints par les incapacités de disposer ou de recevoir au-delà des limites étroites fixées par l'article 1098 cherchent souvent à éluder les prohibitions légales. Les fraudes se produisent, soit par le déguisement de la libéralité sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, soit par l'intermédiaire d'une personne qui n'étant qu'un donataire apparent est chargé de transmettre la libéralité au véritable gratifié incapable de recevoir. La loi réprime cette fraude dans l'article 1099 Code civil. Les époux, porte ce texte : ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation, ou déguisée, ou faite par personnes interposées, sera nulle.

Dans son premier alinéa l'article 1099 nous

parle des libéralités indirectes, nous savons de quels actes peuvent résulter ces libéralités, adoption de tel ou tel régime matrimonial, renonciation à un legs si le conjoint est héritier, etc. Dans tous ces cas le donateur n'a eu recours à aucun subterfuge, il n'a peut-être pas eu l'intention de violer les règles sur la quotité disponible. La réduction peut seule atteindre de telles libéralités.

Les donations déguisées, par oppositions aux précédentes libéralités, dites donations indirectes, s'entendent de celles qui sont dissimulées sous les apparences d'un contrat à titre onéreux ou sous le nom de personnes interposées. Quel sera le sort de ces libéralités ? l'article 1099 nous dit : elles sont nulles.

Malgré son apparente clarté ce texte a donné naissance à une importante controverse. En quel sens doit-on entendre la nullité qu'il prononce ?

Plusieurs systèmes ont été proposés. Deux de ces systèmes sont absolus, les deux autres distinguent.

Premier système. — Si la libéralité déguisée ou faite à personnes interposées excède le disponible elle est nulle, au cas contraire elle est valable tel est le premier de ces systèmes intermédiaires.

Ce système abandonné aujourd'hui a été sou-

tenu par Troplong. On disait en faveur de ce système : la dissimulation de la libéralité n'est dangereuse que lorsqu'elle excède le disponible. Si la donation n'est pas excessive, qu'importe qu'elle ait été déguisée, il n'y a pu exister chez le donateur aucune pensée de fraude puisqu'il aurait pu faire valablement cette même libéralité, peu importe aux réservataires qu'il ait pris une voie détournée.

On peut reprocher à ce système d'être peu logique. Si on admet que la donation déguisée est valable, pourvu qu'elle soit inférieure à la quotité disponible, on devrait également admettre que si la libéralité dépasse le disponible elle sera simplement réductible. En effet est-il rien de plus variable que la quotité disponible, elle varie comme la fortune même du disposant. Telle donation qui sera inférieure au disponible calculé sur la fortune que possédait le donateur au moment où il a fait la libéralité, sera excessive et partant nulle pour le tout au moment de la mort de ce dernier. Le sort d'une disposition, a-t-on dit, ne saurait dépendre de circonstances que le donateur n'a pu ni prévoir ni empêcher.

Deuxième système. — Il semble que dans le second système on veuille éviter le reproche fait au premier et au lieu de s'attacher à la question

de savoir si la libéralité déguisée dépasse ou non le disponible, on considère quelle a été l'intention du disposant au moment où il a fait la libéralité. S'il n'a eu aucune pensée de fraude, la libéralité quoique déguisée est valable, mais réductible. Si, au contraire, le donateur en déguisant sa libéralité a eu l'intention d'excéder le disponible et si en fait il l'a dépassé, la libéralité est nulle pour le tout.

Les partisans de ce deuxième système ont dit que loin d'être en opposition avec le texte de l'article 1099 ce système y entrait sans effort. Cet article parle, ont-ils dit, des donations déguisées ou à personnes interposées et les déclare nulles sans exception. Mais que prouve cela ? N'est-ce pas un principe fondamental de notre législation, principe reconnu et proclamé par toute la doctrine et la jurisprudence, que la simulation dans les actes n'entraîne la nullité que lorsqu'elle est frauduleuse ? On trouve, dit-on, dans les travaux préparatoires la consécration de ce système. Le tribun Favard disait qu'il fallait prévenir les donations indirectes entre époux par personnes interposées *de la portion de biens qu'ils ne pouvaient se donner.* » Ce système, ajoute-t-on, en ne permettant pas à la libéralité déguisée de produire effet, même dans la limite de la quotité disponible, quand elle a été faite dans le but d'excé-

der cette quotité, prévient suffisamment la fraude en la réprimant avec énergie. On peut répondre à l'argument tiré des paroles du tribun Favard que ce dernier a parlé du cas le plus général, du cas le plus pratique, celui où l'on déguiserait la libéralité pour excéder le disponible, mais il n'a pas exclu de la prohibition le cas où la libéralité serait faite dans les limites du disponible.

De plus on ajoute que ce système conduirait en pratique à des difficultés très grandes. Est-il rien de plus difficile que de rechercher quelle a été l'intention du disposant quand il a fait telle libéralité ; on serait conduit à établir des présomptions arbitraires.

Les deux derniers systèmes que nous avons appelés absolus restent en présence. L'un sera le système de la réduction, l'autre le système de la nullité absolue dans tous les cas.

Troisième système. — Système de la réduction. — La libéralité déguisée est toujours valable, elle est réductible au cas où elle excède le disponible.

Pour les partisans de ce système, le second alinéa de l'article 1099 est la suite, le complément, l'explication du premier. Le législateur ne parle pas il est vrai de réduction, mais de nullité ; il s'est trompé, on sait que le langage des rédacteurs

du Code est quelquefois défectueux. C'est ainsi que dans l'article 844 Code civil on lit : l'excédent est sujet à rapport, alors que de l'aveu unanime il aurait fallu dire l'excédent est sujet à réduction.

Nous pensons avec la grande majorité des auteurs qu'il faut séparer les deux alinéas de l'article 1099, et qu'ils contiennent deux dispositions entièrement distinctes. Le premier parle de réduction, le second de nullité, si ces deux termes s'appliquent à la même donation il y a là une contradiction flagrante, et il est difficile d'admettre qu'elle ait passé inaperçue du législateur. De plus, si l'on admet que le deuxième alinéa devait porter... *sera réductible* on est conduit à dire que non seulement il contient une incorrection, mais que de plus il est inutile puisqu'il est la répétition, avec une inexactitude, du premier alinéa.

Quatrième système. — On fait remarquer dans le quatrième système que nous adoptons que la rédaction de l'article 1099 est identique à celle de l'article 911 Code civil. Or, dit-on dans l'article 911, personne ne le conteste, c'est bien la nullité que le législateur prononce. Il doit en être de même dans l'article 1099.

Il est facile d'expliquer pourquoi le législateur n'a pas traité de même les donations indirectes et

les donations déguisées ou faites par interposition de personnes. « Entre les avantages indirects mais ostensibles et les donations simulées, a dit la Cour d'Agen, il y a toute la différence qui sépare la vérité du mensonge. Le législateur devait être indulgent là où il ne s'agissait que d'une question de quotité, mais il a dû s'armer d'une rigueur salubre, lorsqu'à l'aide d'un déguisement on a tenté de frauder la loi. »

Le législateur a dû considérer que l'emploi d'un déguisement était d'autant plus dangereux, qu'en fait il sera fort difficile de découvrir et de déjouer la fraude. Si la loi avait simplement déclaré de telles libéralités réductibles, celui qui veut tourner la loi aurait tenu le raisonnement suivant : je ne risque rien en faisant une donation déguisée, car si, ce qui est peu probable, la fraude est découverte, la donation que j'ai faite subsistera, elle sera seulement réduite. Au contraire, de telles libéralités étant déclarées nulles le donateur réfléchira sans doute, qu'il joue gros jeu en employant pour faire une libéralité un moyen détourné, car si la fraude est prouvée la donation sera nulle pour le tout.

Rappelons en terminant que nos anciens auteurs faisaient déjà cette distinction entre les libéralités déguisées et les libéralités indirectes.

Que décide la jurisprudence sur cette importante question? — La jurisprudence a été longtemps divisée. Cependant de bonne heure la Cour de Cassation a admis le système de la nullité.

On peut d'abord citer en ce sens un arrêt, pas très formel il est vrai, du 30 novembre 1831. Un jugement du tribunal de la Flèche avait dit très nettement : attendu que l'article 1099 prononce que toute donation déguisée est nulle. » La Cour de Cassation dit : « attendu que aux termes de l'article 1099 toute donation déguisée... *et qui excède la quotité disponible* est non pas réductible mais nulle. » Ces mots *et qui excède la quotité disponible*, pourraient faire douter que la Cour ait adopté notre système, mais comme elle a confirmé le jugement du tribunal de la Flèche, on peut supposer que ce membre de phrase a été employé parce que dans l'espèce qui lui était soumise la donation déguisée excédait le disponible, et non point dans le but de consacrer le système qui admet la validité des donations déguisées pourvu qu'elles n'excèdent pas le disponible.

Un second arrêt, qui lui ne laisse pas place au doute, est du 11 novembre 1834.

Il admet implicitement le système de la nullité

puisqu'il décide que la présomption d'interposition de personnes doit recevoir son application même au cas où la donation n'excéderait pas ce qu'il est permis aux époux de se donner.

La Cour de Toulouse, le 13 mai 1835 (1), casse un jugement du tribunal de Gaillac qui admettait le système de la réduction. L'arrêt qui distingue avec beaucoup de soin la donation simplement indirecte et la donation déguisée, prononce la nullité de ces dernières. « Attendu, dit cet arrêt, que, s'il est de principe général que les libéralités excédant la quote disponible ne sont pas nulles, mais seulement réductibles, c'est parce qu'elles n'étaient pas frappées d'une nullité absolue, tandis que, au contraire, on voit dans le paragraphe 2 précité (art. 1099, alinéa deuxième), qu'il présente une disposition spéciale contre la donation déguisée de la part de l'époux ayant des enfants d'un premier lit en faveur du nouvel époux et qui les déclarant nulles sans aucune restriction, ne permet pas de les maintenir jusqu'à la quote disponible. Attendu que s'il en est autrement dans le paragraphe 1^{er} de l'article 1099, où les libéralités indirectes ne sont prohibées qu'au-delà de cette quotité, ce ne peut être un motif pour que la nullité prononcée par le second paragraphe doive

1. Dalloz, 1835, 2, 126.

subir la même modification. Ce serait les confondre l'un avec l'autre; *le second ne serait qu'une répétition insignifiante du premier*; confusion inadmissible, repoussée d'ailleurs par la différence entre les donations indirectes et les donations déguisées. La donation indirecte est celle qui n'a pas été faite en termes directs par le testateur, mais qui résulte indirectement des effets d'un acte de nature différente, sans fraude et sans déguisement; ainsi un cohéritier renonce à une succession, sa portion accroît à son héritier et s'il en résulte pour celui-ci un avantage indirect excédant la quotité disponible, cet avantage sera conservé jusqu'à cette quotité, parce qu'il est l'effet d'une renonciation licite faite suivant le mode prescrit par la loi et qui, dans sa substance, ne présente aucun déguisement. De même, dans une association, si elle doit procurer à un des intéressés des avantages excédant la quotité disponible, il y aura lieu seulement à réduction, parce que l'association est la véritable convention par laquelle ils ont voulu se lier et qui dès lors n'est point déguisée. Par les mêmes motifs, les avantages indirects, résultant des conventions entre les époux sous le régime de la communauté, ne seront pas nuls, mais sujets à réduction suivant les articles 1496 et 1527 C. civ.

La donation déguisée, au contraire, est un acte simulé où, sous les apparences d'une donation à titre onéreux et licite, on a déguisé la véritable intention des parties qui cherchaient par cette fraude à maintenir une libéralité prohibée par les lois. »

Cette jurisprudence, qu'on pouvait espérer plus durable, subit un brusque revirement en 1849. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 7 juin (Sirey, 49, 1, 105), décide que la donation déguisée nulle si elle excède le disponible est valable dans le cas contraire.

L'arrêt adopte l'un des deux systèmes intermédiaires.

Cet arrêt de Cassation resta isolé, et le 11 mars 1862 (1), la cour rend un arrêt qui revient à sa jurisprudence antérieure à l'arrêt de 1849. « Attendu, dit cet arrêt, que d'après l'article 1099 du Code civil, les époux ne peuvent se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par la loi ; que toute donation déguisée est nulle. Attendu que cette dernière disposition est générale et absolue ; qu'il en résulte que les donations déguisées entre époux, quelles que soient les formes qu'elles affectent, sont intégralement nulles et non pas seulement réductibles. Que la disposi-

1. Sirey, 62, 1, 401.

tion finale de l'article 1099 qui a son principe dans la législation romaine et l'Edit des secondes nocces, se justifie par le danger que présentaient de telles libéralités, par la fraude dont elles sont l'œuvre, et par les spoliations qui en seraient le résultat si elles étaient maintenues. »

Depuis la Cour de cassation a maintenu sa jurisprudence. Elle a été suivie par les cours d'appel et les divergences se font de plus en plus rares.

Cependant dans cette même année 1862, quelques mois après l'arrêt de la Cour suprême, le 18 novembre 1862, la Cour de Lyon, après un jugement du tribunal de cette même ville en date du 16 juin, décide que les donations déguisées sont nulles si elles excèdent la quotité disponible, *mais qu'elles sont valables au cas contraire.*

« Considérant, dit l'arrêt, que les deux dispositions de l'article 1099 sont parfaitement conciliables, qu'il ressort évidemment de l'article pris dans son ensemble, que la loi a voulu respecter les donations faites par un époux à son conjoint, sous quelque forme qu'elles fussent produites, mais seulement dans la limite de la faculté de disposer et que toute libéralité qui serait faite au-delà de cette faculté, fut annulée, malgré tous les soins qui auraient été pris pour la déguiser ou la dissimuler. »

Il semble bien que les juges, du tribunal de Lyon tout au moins, ignoraient l'arrêt de Cassation du mois de mars 1862 : « Attendu, disent-ils, que la *jurisprudence* décide que l'article 1099, paragraphe deuxième, ne doit recevoir son application que dans le cas où la donation déguisée entre époux est en même temps excessive.

C'était une erreur manifeste. La jurisprudence *antérieure*, celle consacrée dans l'arrêt de Cassation de 1849 décidait ainsi mais précisément cette jurisprudence venait d'être mise à néant par l'arrêt du 11 mars.

De nombreux arrêts postérieurs ont adopté la jurisprudence nouvelle inaugurée par l'arrêt du 11 mars 1862. La Cour de Cassation a confirmé sa manière de voir : 1° par un arrêt du 23 mars 1882 (Sirey, 83, 1, 72). « Attendu, dit la Cour, que les dispositions du deuxième paragraphe de l'article 1099 sont générales et absolues, qu'il suit de là que les donations déguisées sont radicalement nulles. »

On ne saurait être plus formel.

2° Par un arrêt du 22 juillet 1884 (Sirey, 85, 1, 412).

La Cour de Caen a statué dans le même sens le 31 décembre 1883 l'arrêt reproduit dans ses mo-

1. Sirey, 63, 2, 51. — Concl. conf. de l'avocat général Merville.

tifs les attendus de l'arrêt de Cassation du 23 mars 1882. Cet arrêt de Caen a été déféré à la Cour Suprême. La Chambre des Requêtes a repoussé le pourvoi, mais elle a statué en fait et a évité par là-même de se prononcer d'une manière précise.

Qui peut demander la nullité des donations déguisées ou faites à personnes interposées?

- - Les donations déguisées ou faites par personnes interposées étant nulles il s'agit de savoir qui peut en demander la nullité. On décide dans une première opinion que ceux-là seuls peuvent invoquer, se prévaloir de la nullité dans l'intérêt de qui cette mesure de protection a été introduite, c'est-à-dire les héritiers réservataires, les enfants du premier lit dans notre espèce. Pour soutenir cette manière de voir on dit qu'invoquer l'action en nullité c'est se prévaloir de la réserve. Ce que la loi veut atteindre dans l'article 1099 c'est la lésion causée aux intérêts des réservataires.

Les héritiers non réservataires n'ont pu ressentir aucun dommage de la simulation ou de l'interposition de personnes, le donateur pouvait les dépouiller entièrement. L'action en réduction ne peut être demandée que par des réservataires, or, l'action en nullité *qui n'est qu'un renforcement, une aggravation de l'action en réduction*, ne

peut être également exercée que par des réservataires.

On refusera donc l'exercice de l'action en nullité aux héritiers non-réservataires, au donateur, à ses créanciers, à moins toutefois que ces derniers n'agissent en vertu de l'article 1167.

Dans une seconde opinion on admet que la nullité édictée par l'article 1099 est absolue et d'ordre public, que par conséquent elle peut être proposée par toute personne ayant intérêt c'est-à-dire non-seulement par les héritiers à réserve mais encore par le donateur lui-même et par ses créanciers agissant en vertu de l'article 1166, qu'ils soient par conséquent antérieurs ou postérieurs à la donation.

Nous avons admis que l'action en nullité s'applique même au cas où la donation n'excéderait pas le disponible, c'est donc que le législateur ne reconnaît pas comme valable cette forme de donation ; or, lorsque la nullité d'une donation a pour cause un vice de forme elle peut être proposée par toute personne ayant intérêt, nous adopterons donc ce second système (1).

La jurisprudence est divisée sur cette question.

1. Colmet, t. 4, n. 479 bis. — Vernet. *Revue prat.*, 1863, t. 15, p. 85 et suivantes. — Demolombe, t. 6, n. 615.

Les deux systèmes contraires ont été tour à tour consacrés par des arrêts de cassation. Cependant le dernier arrêt de cassation sur cette question en date du 22 juillet 1884 (1) fait triompher le système de la nullité relative, les héritiers réservataires auraient *seuls* qualité pour mettre l'action en mouvement d'après la doctrine de cet arrêt.

La jurisprudence la plus récente qui, nous l'avons vu, décide que la donation déguisée est nulle *alors même qu'elle n'excède pas la quotité disponible*, admet donc en même temps que la nullité de l'article 1099 est établie *uniquement* en faveur des réservataires. La contradiction semble flagrante.

La loi déclare nulles les libéralités déguisées ; que devra prouver le déguisement ?

Quelques auteurs, entr'autres M. Delvincourt (1), ont prétendu que le contrat étant fait par un incapable la donation doit être présumée. Ce serait donc, d'après ce premier système, le donataire prétendu qui devrait prouver que le contrat intervenu est commutatif. La majorité des auteurs et la jurisprudence ont fait justice de ce système. La loi n'établit nulle part cette présomp-

1. Pandectes françaises, t. VI, 1, 292. En ce sens Troplong, t. 4, n. 2745. — Laurent, t. 45, n. 414.

2. Tome 2, p. 207.

tion que le contrat à titre onéreux fait avec un incapable cache une donation. Il faut donc maintenir le principe que c'est à celui qui attaque un tel acte à prouver qu'il constitue une donation déguisée. La présomption, dit Toullier, est en faveur de l'acte, car la prohibition de donner à une personne n'empêche pas de passer avec elle des contrats commutatifs et autres actes à titre onéreux. Nous devons nous demander également quels modes de preuve sont admissibles ?

Comme il s'agit de prouver une fraude à la loi nous déciderons que la preuve du déguisement peut être faite par tous les moyens, par témoins, par présomptions (1). Attendu, dit un arrêt de Cassation du 3 juin 1863, que la loi n'a soumis à aucune règle spéciale la preuve de l'existence des donations déguisées ; que dès lors la preuve qu'un acte, en apparence à titre onéreux, n'est qu'une libéralité déguisée peut être faite par témoins et même par présomption. Nous adoptons les deux solutions précédentes au cas où l'on voudrait prouver non le déguisement proprement dit mais l'interposition de personne.

Présomptions légales d'interposition, arti-

1. Cassation, 16 avril 1850. — Sirey, 50, 1, 591. — Cassation, 23 janvier 1873. — Sirey, 73, 1, 57.

de 1100. — Il est, par exception, certains cas où le demandeur en nullité n'a pas à faire la preuve de la dissimulation de la libéralité par interposition de personnes, parce que la loi y a pourvu en établissant elle-même des présomptions d'interposition. La loi part de cette donnée fournie par l'expérience, que pour gratifier l'incapable, on prenait le plus souvent comme donataires apparents ses plus proches parents. Comme de plus elle sait qu'il est toujours difficile de prouver l'interposition, et que par conséquent des libéralités faites à des donataires apparents auraient pu avoir effet si la preuve difficile de l'interposition n'avait pu être administrée, elle a décidé : « Seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux issus d'un autre mariage et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire (art. 1100 C. civ.). »

La loi considère donc comme personnes interposées par rapport au conjoint donataire :

1° Les enfants ou l'un des enfants de cet époux, issus d'un autre mariage. Il doit en résulter *a contrario* que la présomption ne s'applique pas aux enfants communs. La loi présume que la

donation faite aux enfants du conjoint est inspirée par l'amour conjugal, tandis que celle faite à l'un des enfants communs est inspirée par l'amour paternel (1). Appliquée aux enfants communs cette présomption aurait abouti à les frapper d'une incapacité personnelle de recevoir qui n'aurait aucune raison d'être.

On s'est demandé si l'article 1100 comprenait sous le nom d'enfants les petits enfants du conjoint donataire. Certains auteurs ont prétendu que non car les présomptions légales sont de stricte interprétation.

On a répondu que le mot enfants a en droit un sens technique et est synonyme de descendants. La jurisprudence est constante en ce sens (2).

L'article 1100 comprendrait-il aussi les enfants naturels ou adoptifs du donataire ? Remarquons que l'article 1100 parle d'enfants *issus d'un autre mariage*.

Pour l'affirmative on a dit que le législateur, lorsque dans l'article 1100 il déclare personne interposée, l'enfant issu d'un autre mariage du donataire, a voulu seulement exclure par antithèse les enfants communs, ceux nés du mariage des deux époux. On ajoute que les motifs de décider en ce

1. Baudry Lacantinerie.

2. Caen. Sirey, 45, 2, 393. — Agen. Sirey, 50, 2, 74.

sens à l'égard des enfants naturels ou adoptifs sont les mêmes qu'à l'égard des enfants nés d'un précédent mariage.

Une partie importante de la doctrine a adopté ce système que la Cour suprême a également consacré le 25 juillet 1881 (Sirey, 82, 1, 417).

Le système contraire, s'en tenant strictement au texte de l'article 1100, est encore soutenu par quelques auteurs, en particulier par M. Laurent.

2^e Les personnes dont l'époux est héritier présomptif au jour de la donation alors même que cet époux n'aurait pas survécu à son parent donataire.

Il faut et il suffit que la qualité d'héritier présomptif existe chez le conjoint au jour de la donation. La loi considère l'état des choses au moment de la donation sans se préoccuper de ce qui pourra arriver plus tard. C'est ce qui résulte du dernier membre de phrase de l'article 1100.

La loi parle du cas de non survie, c'est le cas le plus général, la présomption produirait son effet alors même que pour une raison quelconque le conjoint du donateur ne pourrait venir à la succession de son parent donataire.

Si l'époux n'est pas au jour de la donation héritier présomptif du donataire alors même qu'il viendrait à lui succéder, la présomption ne l'at-

teindra pas. Le législateur, disent MM. Aubry et Rau, parle de l'idée que, pour savoir s'il y a eu interposition de personnes, il faut uniquement considérer les rapports respectifs des parties au jour de la donation, en faisant abstraction des événements postérieurs qui peuvent avoir modifié ou anéanti les expectatives éventuellement attachées à ces rapports. »

Nous devons donc décider que l'aïeul ne peut être présumé personne interposée, si, à l'époque où la donation a été faite, le père du conjoint du donataire vivait encore. Si nous avons pris cet exemple, c'est parce que cette solution était contestée dans notre ancien droit, il paraissait rationne de comprendre dans la présomption tous les ascendants du conjoint comme on y faisait rentrer ses ascendants à l'exception des enfants communs.

Est-ce à dire que la libéralité faite à l'aïeul vaudra dans tous les cas, nullement, mais pour la faire tomber il faudra prouver l'interposition de personnes.

Cette solution qui est imposée par les textes peut paraître critiquable en législation.

L'article 1100 se reporte pour établir la pré-

1: Tome 7, § 690, note 2.

somption au jour *de la donation*. Cette expression comprend-elle uniquement les libéralités entre-vifs, doit-elle au contraire s'appliquer aussi aux libéralités testamentaires? L'affirmative est admise, le mot *donation* doit être entendu dans son sens large et générique, il est employé comme synonyme de *libéralité*.

Certains auteurs ont prétendu que lorsqu'il s'agit d'un legs il faut pour voir si les conditions requises par l'article 1100 s'appliquent, envisager, se placer non au jour où la libéralité a été faite, au jour où le testament a été signé, mais au jour du décès du disposant par ce motif que les testaments n'ont d'effet qu'à la mort du disposant. On décide plus généralement que cette opinion ne tient pas compte du vœu de la loi qui est de réprimer l'intention frauduleuse du disposant. Il faut pour se conformer à l'esprit de la loi, rechercher cette intention lors de la confection du testament et non lors de son ouverture.

La jurisprudence a apporté des tempéraments d'équité aux règles contenues dans l'article 1100 C. civ. C'est ainsi qu'elle a décidé que la présomption d'interposition ne doit pas s'appliquer quand la libéralité faite, soit à un enfant du conjoint, soit à une personne dont il est héritier présomptif et de telle nature qu'il est certain que le nouveau

conjoint ne saurait en profiter. En effet, dans ce cas on ne trouve plus la base de la présomption d'interposition : à savoir que le bénéficiaire réel est le nouveau conjoint.

C'est ce qui aurait lieu si l'enfant né d'un mariage antérieur du conjoint avait été gratifié après la mort de ce dernier. On a jugé de même qu'un legs fait à l'enfant du nouveau conjoint n'est pas réputé fait à personne interposée dans le sens de l'article 1100, lorsque le testament en a reporté l'ouverture au décès du nouveau conjoint (Caen, 1847, Sirey 49, 1, 75). La donation se trouvait ici accompagnée d'une clause qui excluait la possibilité d'une pensée d'interposition de personnes au profit du nouveau conjoint.

Cette solution si raisonnable était déjà admise dans notre ancien droit. C'est ainsi que Pothier validait la donation faite par une femme au père, à la mère ou à l'enfant de son second mari, si elle était postérieure à la mort du second mari.

APPENDICE I

Nous devons, avant de terminer cette étude, examiner en tant qu'ils se rapportent à notre sujet, les articles 767 et 265 du Code civil modifiés par

la loi du 9 mars 1891 sur les droits du conjoint survivant.

Nous examinerons ensuite l'article 1555 du C. civ. qui apporte en faveur des enfants du premier lit une restriction au principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux.

La loi du 9 mars 1891 a accordé au conjoint survivant un droit d'usufruit sur les biens du prédécédé. Elle apporte les mêmes limites aux avantages qu'elle accorde, qu'à ceux qui résulteraient de la volonté de l'époux qui a des enfants d'un premier lit. L'article 767, alinéa 4, reproduit les termes mêmes de l'article 1098, la jouissance du nouveau conjoint survivant ne peut grever que la portion de biens dont le conjoint remarié pourrait disposer au profit de son nouveau conjoint.

Aux termes de l'article 767, pour calculer la portion des biens sur laquelle doit porter l'usufruit du conjoint survivant, on accomplit une opération à peu près semblable à celle prescrite par l'article 922, à cela près qu'on ne tient pas compte pour former la masse base de ce calcul, des biens donnés à des tiers, non plus que des biens dont les successibles autres que l'époux ont pu être gratifiés par préciput et hors part.

La masse comprend donc l'actif laissé par le *de cuius*, on y réunit les libéralités faites aux héri-

tiers sans dispense de rapport, celles faites au conjoint survivant, c'est un rapport fictif en ce sens que dans aucun cas l'usufruit du conjoint ne grèvera ces biens.

La loi nous parle du rapport des libéralités faites à l'époux. Il faut évidemment considérer comme telles les donations, les legs. Que décider pour les avantages qui peuvent résulter pour l'époux survivant de l'adoption de tel ou tel régime matrimonial (art. 1496 et 1527). Nous pensons qu'il faut considérer ces avantages comme des libéralités au point de vue de l'application de l'article 767.

La masse formée sur quels biens le conjoint prendra-t-il son droit d'usufruit ? Sur les biens existant réellement dans la succession mais les libéralités que le conjoint survivant a reçues du prédécédé sont imputables sur son droit d'usufruit.

Parmi les libéralités nous ferons figurer celles dont nous parlions tout-à-l'heure, qui peuvent résulter de l'adoption d'un régime matrimonial. Cette solution a été contestée (*Revue du not.*, n° 8555, p. 747 et Nancy, Sirey, 92, 2, 65). On décide dans cette opinion que si la valeur de ces avantages réunie à la valeur de l'usufruit ne dépasse pas la quotité disponible de l'article 1098 l'époux

prendra l'usufruit que lui assigne l'article 767. Si elle la dépasse, l'époux devra prendre sur son usufruit la différence entre les deux valeurs.

Nous repoussons ce système qui conduirait à décider que la même disposition est selon les cas (1) à titre gratuit et à titre onéreux.

Au cas où le conjoint survivant a reçu du prédécédé une libéralité en pleine propriété doit-il en précompter la valeur entière sur l'usufruit qui doit lui revenir en vertu de l'article 767.

Suivant certains auteurs l'époux ne devrait précompter sur sa part de succession *ab intestat* que la valeur en usufruit de ce qu'il a reçu, non la valeur en nue-propriété (2).

Pour qu'il puisse y avoir imputation il faut, dit-on, qu'il y ait deux droits de même nature.

Nous pensons au contraire, que l'article 767 Code civil ne nous autorise point à établir une différence selon la nature du droit conféré, si le législateur n'a point voulu accorder un droit de propriété à l'époux cela ne prouve pas qu'il n'ait pas pensé qu'une propriété pourrait être donnée à l'époux, ni qu'il ait décidé qu'on ne devait pas comparer la valeur vénale de ce que l'époux a reçu

1. Art. 1098 et 767.

2. *Lois nouvelles*, 1891, 1^{re} part., p. 555.

à la valeur vénale de ce à quoi il a droit. Au contraire, le premier rapport de M. Piou à la Chambre des Députés portait : « L'imputation des libéralités faites par le *de cujus* présentera peut-être quelques difficultés quand les libéralités antérieurement faites à l'époux auront eu pour objet une pleine propriété, mais les tribunaux habitués à résoudre de semblables difficultés arriveront sans peine à d'équitables évaluations (1). »

On peut pour combattre le premier système faire remarquer que l'article 767 dit que l'époux cessera d'exercer son droit à l'usufruit dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités même faites par préciput dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue. L'expression le *montant* fait bien voir que l'on doit tenir compte de la valeur réelle de la libéralité, non de son revenu seulement, de la part d'usufruit qu'elle contient (2).

Lorsque les arrérages de l'usufruit du conjoint excèdent les revenus des biens restés libres, le conjoint peut-il invoquer l'article 917 Code civil à l'effet de contraindre les enfants du premier lit à laisser porter cet usufruit sur plus de biens qu'il n'en reste dans la succession ou à lui abandonner

1. Officiel. *Annexes*, 1886, p. 1293.

2. Voir *Revue critique*, 1892, p. 184.

le disponible en propriété. Non le rapport des biens opéré afin de calculer l'usufruit n'est qu'un rapport fictif, si cet usufruit portait sur des biens qui ne sont plus dans la succession il y aurait un rapport réel, ce qui est contraire à la loi.

L'usufruit accordé par l'article 767 au conjoint survivant s'éteint par le convol de ce dernier au cas où il existe des enfants du premier lit. Ce mode d'extinction a été critiqué. Le Code civil, en effet, laisse au conjoint survivant, même au cas de convol, les avantages qu'il a reçus de son premier époux. Nous croyons qu'il faut approuver le législateur.

L'époux prémourant peut en effet mettre aux libéralités qu'il fait à son conjoint la condition de ne pas se remarier.

Cette clause illicite sous l'empire de la loi du 17 Nivôse an II est valable aujourd'hui. On a sous-entendu cette clause à bon droit, par son convol le survivant entre dans une nouvelle famille, le convol, a-t-on dit, est un divorce moral ; il est naturel de présumer que le *de cujus* préfère ses enfants à des étrangers.

L'article 205 Code civil modifié par la loi du 9 mars 1891 décide que la succession de l'époux prédécédé alors même que ce dernier laisserait des enfants d'un premier lit, doit des aliments au

nouveau conjoint survivant s'il est dans le besoin. La réserve des enfants du premier lit pourra être atteinte peu importe (1). Tout ce qu'on peut dire pour justifier cette rigueur c'est que les libéralités exagérées ne sont plus à craindre. Ce n'est pas le conjoint mais la loi qui donne au nouvel époux survivant cette pension alimentaire. Il ne dépend même pas de la volonté de l'époux de la lui enlever.

APPENDICE II

Art. 1555 C. civ. — Les biens dotaux sont en principe inaliénables. Ce principe souffre quelques exceptions, c'est ainsi que l'article 1556 dispose que la femme peut, avec l'autorisation de son mari, donner ses biens dotaux pour l'établissement de leurs enfants communs.

Si la femme veut pourvoir à l'établissement des enfants qu'elle a eus d'un mariage antérieur doit-elle obtenir l'autorisation de son mari. L'article

1. La réserve ne peut être grevée de l'usufruit du conjoint survivant, elle peut l'être de la créance d'aliments. Cette solution est logique ; on crée au profit du survivant dans le besoin un droit de créance, il est de la nature d'un tel droit de passer avant la réserve. Le projet de 1851 considérant que la réserve des enfants est sacrée, que la créance alimentaire est de tous points postérieure décidait qu'elle ne pouvait lui porter atteinte. Il est fâcheux que cette solution n'ait pas été maintenue en 1891.

1555 répond à cette question, il dispose dans les termes suivants : « La femme peut avec l'autorisation de son mari ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur ; mais si elle n'est autorisée que par justice elle doit réserver la jouissance à son mari ».

On voit en comparant le texte des articles 1555 et 1556 que tandis que pour pourvoir à l'établissement des enfants communs il faut à la mère l'assentiment de son mari, elle peut se passer de cette autorisation quand il s'agit d'enfants d'un premier lit. La distinction que fait la loi s'explique. Elle suppose en effet que le refus du mari d'autoriser la donation des biens dotaux ne sera jamais injuste quand les enfants à l'établissement desquels il s'agit de pourvoir sont ses propres enfants. Le refus du père sera donc sans appel. Mais à l'égard d'enfants de la femme on pouvait prévoir la malveillance de leur beau-père partant un refus arbitraire, injustifié ; la loi a dû permettre à la mère de recourir aux tribunaux.

Si la justice accorde l'autorisation, l'aliénation ne pourra porter que sur la nue-propriété des biens dotaux de la femme, car l'usufruit de ces biens appartient au mari (art. 1555 *in fine*).

Nous ferons à propos de l'article 1555 cette même remarque faite sous l'article 1098 ; le mot enfant doit être entendu dans un sens large comme synonyme de descendants, il comprendra les petits enfants.

L'article 1555 permet à la femme de « donner » ses biens, on décide généralement que non-seulement la donation mais la vente des biens est permise à la femme. Le prix de la vente servira à pourvoir à l'établissement de l'enfant. Remarquons en effet, que dans la plupart des cas où le mari refuse son autorisation, la donation de la nue-propriété de certains biens servirait peu aux enfants. Il faudra pour pourvoir à l'établissement des enfants vendre cette nue-propriété.

Mais si l'on admet cette vente, il faut décider que sa validité est subordonnée à cette condition que le prix provenant de l'aliénation servira à établir les enfants.

Certains auteurs qui reconnaissent comme possible l'aliénation refusent cependant à la femme la faculté de grever ses biens d'hypothèques.

C'est une inconséquence, si on admet l'aliénation quand le législateur a employé le terme « donner », il n'y a point de raison pour prohiber la constitution d'hypothèque.

La jurisprudence admet très généralement que

la femme peut aliéner et hypothéquer ses biens pour établir ses enfants.

Un arrêt de Cassation en date du 23 juin 1880 (Sirey, 81, 1, 78), a décidé que l'article 1555 a permis la disposition de la dot par tous moyens directs ou indirects et par tous les actes licites en droit commun, de manière à procurer ou à faciliter l'établissement des enfants.

L'article 1555 parle : d'établissement. De l'aveu unanime il faut donner à cette expression un sens très large. L'article 1555 se réfère à l'article 204 Code civil qui parle : d'un établissement par mariage ou autrement. Les biens dotaux pourront donc être aliénés pour pourvoir à l'établissement de l'enfant comme négociant, médecin, notaire, aussi bien que pour pourvoir à son établissement par mariage.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE ROMAINE.

- I. — Les déchéances prononcées par la législation des empereurs contre les époux remariés, sont inspirées par le désir de protéger les enfants du premier lit et non par hostilité contre les seconds mariages.
- II. — La femme remariée devenue veuve recouvre la tutelle de ses enfants, tout au moins lorsqu'au décès du parâtre il n'y a pas de tuteur en exercice.
- III. — La mère remariée peut donner par testament aux enfants du premier lit les gains nuptiaux que lui a procurés le second mariage.
- IV. — Le conjoint prédécédé peut dispenser le survivant des déchéances dites peines des secondes noces.

POSITIONS PRISES HORS DE LA THÈSE.

- I. — Le *pater solitarius* est l'homme veuf qui a au moins un enfant de son mariage dissous.
- II. — Si la veuve qui a droit à la quarte du conjoint pauvre concourt avec des enfants du premier lit de l'autre époux, la quarte consistera en un simple droit de jouissance.
- III. — La défense d'hypothéquer le fonds dotal ne résulte pas de la loi Julia.
- IV. — Le simple consentement ne suffit pas à la formation du mariage, il faut de plus que la femme soit dans une situation de fait telle que la cohabitation sera possible si telle est la volonté du mari.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE FRANÇAISE.

- I. — La délibération régulière en la forme par laquelle le conseil de famille enlève la tutelle à la mère remariée n'est susceptible d'aucun recours devant les tribunaux.

- II. — Les libéralités déguisées ou faites par personnes interposées sont nulles pour le tout et non pas seulement réductibles.
- III. — L'enfant adopté peut, alors que l'adoptant contracte mariage, postérieurement à l'adoption invoquer l'article 1098 pour faire réduire les libéralités faites au conjoint.
- IV. — La mère remariée, alors qu'elle est non pas tutrice légale, mais tutrice dative, jouit de l'exception portée par l'article 454 Code Civil au profit de la tutelle des père et mère.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

- I. — L'existence d'un enfant adoptif au moment de la donation ne fait pas obstacle à la révocation pour cause de survenance d'enfants.
- II. — Les époux peuvent stipuler le régime de communauté sous condition purement casuelle.
- III. — Le legs de l'usufruit de tous les biens est un legs particulier.

- IV. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut régler seul ses conventions matrimoniales toutes les fois que les dispositions du contrat de mariage entraînent une aliénation totale ou partielle de ses biens.

DROIT COMMERCIAL

- I. — La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari, l'autorisation de justice ne saurait en tenir lieu.
- II. — Les actions dont la valeur nominale excède vingt-cinq francs et reste inférieure à cent francs doivent être libérées d'au moins vingt-cinq francs.

PROCÉDURE CIVILE

- III. — Le juge de paix est compétent en principe pour connaître de l'action, intentée par le voyageur contre l'aubergiste, en paiement des objets apportés dans l'hôtellerie et qui ont été volés.

DROIT CRIMINEL

IV. — La tentative d'avortement non suivie d'effet, commise par un pharmacien, échappe à toute pénalité et non pas seulement à l'aggravation de peine qui résulterait de sa qualité si l'avortement avait eu lieu.

Vu : le Président de thèse,
ESMEIN.

Vu : le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

<i>Déchéances spéciales à la mère.....</i>	40
Du droit de garde et d'éducation.....	40
De la mère tutrice.....	42
Perte du droit de révoquer les donations faites aux enfants du premier lit.....	20
<i>Déchéances communes aux deux époux.....</i>	23
Objet des lois <i>Femine</i> et <i>Generaliter</i>	27
Droit d'élection du parent remarié.....	28
Perte du droit d'élection.....	30
Du pacte <i>non existentium liberorum</i>	36
Les enfants du premier lit concourent-ils avec ceux du second mariage au partage des gains nuptiaux provenant de la seconde union.....	38
Legs d'un usufruit.....	39
Du cas où les biens venus de l'époux prédécédé sont des meu- bles.....	41
Du cas où les biens n'existent pas dans la succession.....	42
Actions données aux enfants si les immeubles ont été aliénés.	47
Loi <i>hac edictali</i> . — Son objet.....	48
Du droit d'exhérer l'enfant ingrat.....	48
Du retranchement de l'excédent. Qui en profite.....	54
Des personnes interposées.....	57

DROIT FRANÇAIS

Ancien droit français.....	61
Législation des pays de droit écrit.....	62
Pays de coutumes.....	66
Edit de 1560.....	69
Premier chef de l'Edit.....	70
Second chef de l'Edit.....	75
Extension donnée au second chef par l'article 279 de la coutume de Paris.....	77
Article 182 de l'Ordonnance de Blois de 1579.....	79
<i>Législation de l'époque intermédiaire.....</i>	82
<i>Code civil.....</i>	83
Restrictions au droit de correction du père remarié.....	86
Droit de correction de la mère.....	90
<i>Du droit de jouissance légale.....</i>	92
Le convol du père est sans influence, il en est autrement pour la mère, article 586 Code civil.....	99
L'usufruit légal revit-il au profit de la mère devenue veuve ?	100
<i>Influence du convol de la mère sur le droit de tutelle. Obligations qui lui sont imposées.....</i>	101
Du défaut de convocation du conseil de famille. Sanction....	102
Des actes accomplis dans l'intérêt des mineurs par la mère déchue de la tutelle.....	105
Condition du nouveau mari. Etendue de la responsabilité.	106
De l'hypothèque légale des mineurs. Jurisprudence.....	107
De la convocation du conseil postérieurement au mariage.	108
<i>Convocation régulière du conseil de famille.....</i>	112
A. — De la mère maintenue dans la tutelle, de la co-tutelle du mari.....	114
Qui devra gérer les biens des mineurs.....	115
Des restrictions que le conseil voudrait apporter aux pouvoirs de la mère à qui il conserve la tutelle.....	117
B. — De la tutelle enlevée à la mère, la décision du conseil doit-elle être motivée, est-elle susceptible de recours.	
Etude de la jurisprudence.....	121
Application de l'article 395 Code civil aux enfants naturels.	129
Effets de la dissolution du deuxième mariage de la mère tutrice.....	130

Effets de la séparation de corps.....	132
Appendice.....	137
Protection des droits héréditaires des enfants.....	139
Etendue d'application de l'article 1098.....	142
Mesure de la quotité disponible fixée par cet article.....	147
Donation d'une part d'enfant.....	151
Partage de l'excédent.....	151
Du cas où la libéralité faite au nouveau conjoint consiste en un usufruit.....	157
Réduction des dispositions excessives.....	166
Quelles libéralités sont réductibles.....	166
Avantages résultant d'une assurance sur la vie contractée au profit du nouveau conjoint.....	169
Avantages indirects pouvant résulter de l'adoption d'un régime matrimonial déterminé.....	170
Avantages qui résultent de l'inégalité des revenus.....	172
Combinaison de la quotité disponible de l'article 1098 avec la quotité disponible ordinaire.....	182
Du cumul des quotités disponibles.....	182
De l'ordre de date des libéralités faites à un tiers et au nou- vel époux.....	184
De l'action en réduction.....	187
Des libéralités déguisées ou faites par personnes interposées.....	190
De la nullité prononcée par l'article 1099 C. Civ. Controverse.....	191
Etude de la jurisprudence.....	197
Des personnes qui peuvent demander la nullité des libérali- tés déguisées.....	203
Art. 1100. Présomptions légales d'interposition.....	206
Appendice I. Loi du 9 mars 1891. Art. 767 et 205 C. Civ.....	212
Appendice II. Art. 1555 C. Civ.....	218
Positions.....	223



Imprimerie de l'Ouest, A. NEZAN, Mayenne.